

AS WRONGFUL ACTIONS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

NOVOS DANOS INDENIZÁVEIS BASEADOS EM VIDA INDESEJADA, NASCIMENTO INDEVIDO E CONCEPÇÃO INDESEJADA

Anna Luísa Braz Rodrigues¹

Letícia Mendes Barbosa²

Resumo: Amplamente debatidas em países que adotam o sistema *common law*, *wrongful actions* ou ações de dano de vida são demandas judiciais baseadas em violação dos direitos reprodutivos como fundamento de responsabilidade civil. Tais concepções estão inseridas em uma mudança de paradigma que permite construções doutrinárias e jurisprudenciais quanto à novos danos indenizáveis. Portanto, o objetivo do presente trabalho é apresentar a construção dos novos danos indenizáveis baseados em vida indesejada, nascimento indevido e concepção indesejada no ordenamento jurídico brasileiro. A pesquisa pertinente teve natureza dogmática, revestindo-se de caráter bibliográfico, incluindo revisão de literatura e decisões judiciais. Assim, é possível observar que as questões acerca do tema se apresentam de maneira delicada, vez que o aborto é prática criminalizada nos termos do Código Penal brasileiro e as decisões nacionais estão centradas nas ações de concepção indesejada. Destaca-se, ainda, que a maior parte das demandas não recebem provimento e os pedidos de indenização aceitos são referentes à falha na produção ou comercialização de medicamentos contraceptivos.

Palavras-chave: concepção indesejada; nascimento indevido; vida indesejada.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Lavras. Integrante do grupo de pesquisa Laboratório de Bioética e Direito. Estagiária do Ministério Público de Minas Gerais.

² Graduanda em Direito na Universidade Federal de Lavras. Membro do Laboratório de Bioética e Direito (LABB) e do PETi Direito/UFLA.

INTRODUÇÃO

O indivíduo encontrou novos desafios que repercutiram nas atuações jurídicas ao redor do mundo devido ao progresso científico e tecnológico. Especificamente, as mudanças nos usos e costumes da família e o desenvolvimento de novas técnicas de diagnóstico pré-concepcional e pré-natal tiveram um reflexo direto em novos danos da responsabilidade civil. Perante interesses dos pais e, até mesmo, da própria criança, essas novas pretensões podem ser identificadas na doutrina e na jurisprudência de diversos países sob alcunha de *wrongful actions* (*wrongful conception, wrongful birth e wrongful life*).

No ordenamento jurídico brasileiro, o debate ganhou destaque por meio de ações acerca de concepção indesejada em ações que discutem a suposta falha de métodos contraceptivos e influenciou debates acerca das restrições ao aborto, prática criminalizada nos termos do Código Penal brasileiro. De tal modo, o presente trabalho pretende discurrir sobre os novos danos indenizáveis baseados em vida indesejada, nascimento indevido e concepção indesejada no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista o desenvolvimento dos conceitos em outros países, os pressupostos da responsabilidade civil em nosso ordenamento, as restrições legislativas que impedem a efetividade dos conceitos apresentados e os julgados dos tribunais superiores brasileiros relacionados ao tema.

1. A RESPONSABILIDADE CIVIL DE MÉDICOS E LABORATÓRIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Inicialmente, as instituições jurídicas dos povos instituíram o direito de vingança em que a consciência coletiva admitia que a vítima atuasse em prol da reparação do dano e também da punição ao autor. Esse comportamento social, ao invés de atento à intenção do agente, era focado na causalidade material entre a ação humana violadora da ordem jurídica e o dano. O papel da solidariedade da família e dos vizinhos era de grande relevo, de modo a se caracterizar uma responsabilidade objetiva e coletiva, sobretudo na índole penal³.

Contudo, ao longo dos séculos, o autor do prejuízo passou a

³ PAIVA, Mario Antonio Lobato de. Evolução da responsabilidade civil e seus pro-

reparar o dano e ser punido por meio do pagamento de certa soma de dinheiro. A diferença estava na atuação das autoridades públicas que evitavam desordens e lutas produzidas pelas vinganças sociais. Poderes públicos, por um lado, controlavam os valores das variadas indenizações pecuniárias e obrigavam os ofendidos a aceitarem esse tipo de reparação e, por outro lado, passavam a punir fatos que, por não afetarem diretamente particulares, anteriormente não eram sancionados. Posteriormente, também puniram os autores de atos que prejudicam particulares e, simultaneamente, a ordem social¹.

Ademais, a responsabilidade civil e a responsabilidade penal se separaram conceitualmente, de modo que a vítima obtém reparação em ação privada e a autoridade pública pune por meio de ação pública. A perspectiva clássica da responsabilidade civil pressupõe que o homem é livre e deve responder pelos seus atos, então a culpa traduzida em um fato intencional, imprudente ou negligente torna-se centro das análises da devida reparação².

Entretanto, na contemporaneidade, o avanço industrial e tecnológico exige um desenvolvimento das possibilidades e dos modos de atuação humana que multiplicam riscos. Tal mudança leva a novos ângulos em que os danos não são adequadamente indenizados e satisfeitos pelos esquemas tradicionais. Assim, acolheu-se a ideia de uma responsabilização independente da culpa denominada como responsabilidade objetiva³.

Os próprios danos ganham novos contornos à medida que certas atividades ou profissões são suscetíveis a causar danos a terceiros, tendo destaque aquelas classificadas como liberais⁴. No caso da responsa-

blemas modernos. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 36, n. 144, 1999, p. 177-178. Disponível em: <https://bit.ly/2INv96t>. Acesso em: 08 mar. 2020.

¹ PAIVA, Mario Antonio Lobato de. Evolução da responsabilidade civil e seus problemas modernos. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 36, n. 144, 1999, p. 178. Disponível em: <https://bit.ly/2INv96t>. Acesso em: 08 mar. 2020.

² PAIVA, Mario Antonio Lobato de. Evolução da responsabilidade civil e seus problemas modernos. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 36, n. 144, 1999, p. 178-179. Disponível em: <https://bit.ly/2INv96t>. Acesso em: 08 mar. 2020.

³ PAIVA, Mario Antonio Lobato de. Evolução da responsabilidade civil e seus problemas modernos. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 36, n. 144, 1999, p. 179. Disponível em: <https://bit.ly/2INv96t>. Acesso em: março de 2020.

⁴ PAIVA, Mario Antonio Lobato de. Evolução da responsabilidade civil e seus pro-

bilidade civil dos profissionais da saúde, discute-se acerca do erro médico e dos desvios de conduta no decorrer de procedimentos cirúrgicos ou diagnósticos em que caberá ao autor do ato (e até mesmo às instituições públicas ou privadas vinculadas) responder por danos causados aos pacientes e aos seus familiares⁵.

A autonomia, em sentido técnico, é o direito ao exercício da liberdade pessoal nos negócios de cunho patrimonial e também nos atos jurídicos de caráter existencial. Nas relações entre médicos e pacientes, o consentimento informado é a máxima expressão de autonomia para aceitar ou recusar tratamentos e intervenções, mas exige que a declaração de vontade do paciente seja externada de forma livre e devidamente esclarecida, ou seja, seja feita com base em informações acerca dos riscos e dos procedimentos a que será submetido⁶.

A liberdade de escolha se relaciona com a dignidade da pessoa humana à medida que diz respeito às decisões livres e conscientes sobre a própria pessoa e seus bens. Forma-se, assim, o conceito de autonomia privada que reconhece a prerrogativa de ser e tornar-se o que desejar de acordo com cada indivíduo, que mantém um sentido particular para sua existência baseado em seus valores, crenças, cultura e anseios. Portanto, é preciso compreender a autonomia como uma possibilidade de se desenvolver e realizar a própria personalidade humana, além de meio jurídico para estabelecer obrigações. Destaca-se a relação intrínseca entre essa expressão de liberdade e os direitos da personalidade, que incluem direitos à vida, à integridade psicofísica, à saúde, entre outros⁷.

A saúde, tida também como um direito fundamental, demanda uma postura ativa do Estado em relação aos eventuais abusos e

blemas modernos. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 36, n. 144, 1999, p. 180. Disponível em: <https://bit.ly/2INv96t>. Acesso em: 08 mar. 2020.

⁵ GODINHO, Adriano Marteleto. A responsabilidade civil dos profissionais da saúde pela violação da autonomia dos pacientes. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil: novas tendências**. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2017, p. 463-464.

⁶ GODINHO, Adriano Marteleto. A responsabilidade civil dos profissionais da saúde pela violação da autonomia dos pacientes. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil: novas tendências**. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2017, p. 463-464.

⁷ GODINHO, Adriano Marteleto. A responsabilidade civil dos profissionais da saúde pela violação da autonomia dos pacientes. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil: novas tendências**. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2017, p. 468-470.

violações decorrentes de atos médicos, já que a autonomia do paciente foi uma conquista árdua perante o paradigma paternalista que definia essas relações. Após diversos diplomas e diretivas internacionais, é preciso reconhecer um espaço de liberdade de escolha que confirma que os médicos deixaram de ser soberanos quanto aos atos relativos à vida e à saúde dos pacientes⁸.

O respeito ao paciente sempre foi pressuposto da atuação médica, mas as discussões sobre a liberdade e o fornecimento de informações eram pontuais. A preocupação hipocrática era direcionada à cura, então o consentimento do paciente interessava apenas para facilitar o trabalho já definido pelo médico⁹. Atualmente, é necessário refletir sobre o acesso à informação por parte do paciente, especialmente quanto à configuração de vulnerabilidade e vulneração e à caracterização da responsabilidade médica nesse cenário¹⁰.

No Código de Ética Médica, o dever de informar encontra fundamento no art. 34¹¹ e o consentimento informado no art. 22¹².

⁸ GODINHO, Adriano Marteleto. A responsabilidade civil dos profissionais da saúde pela violação da autonomia dos pacientes. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil: novas tendências**. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2017, p. 468-470.

⁹ BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 109-112.

¹⁰ GODINHO, Adriano Marteleto. A responsabilidade civil dos profissionais da saúde pela violação da autonomia dos pacientes. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil: novas tendências**. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2017, p. 468-470.

¹¹ É vedado ao médico: “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.” BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 1931**, de 24 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. SGAS 915. Brasília, DF. Disponível em: <<https://goo.gl/scW2PH>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

¹² É vedado ao médico: “Art. 22 - Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.” BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 1931**, de 24 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. SGAS 915. Brasília, DF. Disponível em: <<https://goo.gl/scW2PH>>. Acesso em: 25 jul. 2018. Além do mais, por inferência, encontra previsão no art. 15 do Código Civil, que prescreve o seguinte: “Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.” BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Planalto. Brasília, DF. Disponível em: <<https://goo.gl/XffJg>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

Ainda, quando classificado como relação de consumo¹³, sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, III¹⁴, a informação (clara e adequada) constitui direito básico do paciente.¹⁵ Dessa forma, temos que o consentimento informado “consiste no ato de decisão, concordância e aprovação do paciente ou de seu representante legal, após a necessária informação e explicações [sic], sob a responsabilidade do médico, a respeito dos procedimentos diagnósticos ou terapêuticos que lhe são indicados.”¹⁶ Seus elementos constitutivos são: voluntariedade, capacidade para consentir e informação¹⁷.

Além disso, o dever de informar torna-se também parte central da autodeterminação presente no consentimento informado e definidor da atuação adequada do médico frente à integridade psicofísica do paciente¹⁸. Junto aos cuidados comumente relacionados à saúde, a informação é determinante para o desenvolvimento legítimo da relação

¹³ “A qualificação da relação médico-paciente como relação de consumo tem sido reconhecida em nossa doutrina e jurisprudência majoritárias, muito embora a única referência aos profissionais liberais no Código de Defesa do Consumidor se destine justamente a afastar a sistemática da responsabilidade objetiva, adotada pelo diploma, da disciplina jurídica dessas atividades”. SOUZA, Eduardo Nunes de. Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico. **Civilistica.com**, a. 2, n. 2, p. 1-27, 2013, p. 11. Disponível em: <<https://goo.gl/BBwS4T>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

¹⁴ Além de tal dispositivo, menciona-se, igualmente: “Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.”. BRASIL. **Lei nº 8078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<https://goo.gl/Q1Jm1v>>. Planalto. Brasília, DF. Acesso em: 25 jul. 2018.

¹⁵ BRASIL. **Lei nº 8078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<https://goo.gl/Q1Jm1v>>. Planalto. Brasília, DF. Acesso em: 08 mar. 2020.

¹⁶ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Recomendação CFM n. 1/2016**. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Disponível em: <<https://goo.gl/LmToHe>>. Acesso em: 08 mar. 2020.

¹⁷ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas. In: MENEZES, Joyceane Bezerra. (Org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. 1ed. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 733-761.

¹⁸ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas. In: MENEZES, Joyceane Bezerra. (Org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. 1ed. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 733-761.

médico-paciente¹⁹.

A partir desse ponto de vista, a responsabilidade civil passa a se preocupar com o dever de indenizar por parte do profissional, tanto em relação à relevância da informação quanto à efetiva transmissão²⁰. O médico é responsável pela efetiva interação com seus pacientes, observando a individualidade de cada um, e utilizando o termo de consentimento informado para transmitir e registrar o conteúdo imprescindível para estabelecer um consentimento válido²¹.

Se a informação for incompleta ou imprecisa para sustentar um consentimento devidamente esclarecido, a conduta médica passa a ser um ato não autorizado cabível de responsabilização civil. Igualmente, se o consentimento for obtido mediante induzimento malicioso capaz de deturpar a realidade dos fatos (dolo) ou ameaça de mal injusto (coação). Importante destacar que não é necessária a existência de dano à saúde do paciente para que o profissional incorra em responsabilização, pois o desrespeito à autonomia já justifica um dano à liberdade de escolha do paciente. Dessa maneira, mesmo que atue em estrita observância das normas e técnicas, caberá dever de reparar²².

Além disso, é preciso entender como possível a aliança entre aspectos existenciais e patrimoniais em um mesmo contrato, tendo em vista que a relação entre médico e paciente é, em regra, contratual e, quando o paciente não escolhe o médico que o atenderá, extracontratual. Apesar das considerações jurisprudenciais acerca da obrigação de meio e de resultado, todo procedimento médico, estético ou reparador, pressupõe um fator subjetivo sobre as peculiaridades do paciente e os riscos inerentes²³.

Ainda, os profissionais liberais estão submetidos à responsa-

¹⁹ BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 109-112.

²⁰ BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 109-112.

²¹ GODINHO, Adriano Marteleto. A responsabilidade civil dos profissionais da saúde pela violação da autonomia dos pacientes. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil: novas tendências**. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2017, p. 468-470.

²² GODINHO, Adriano Marteleto. A responsabilidade civil dos profissionais da saúde pela violação da autonomia dos pacientes. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil: novas tendências**. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2017, p. 468-470.

²³ DADALTO, Luciana. Investir ou desistir: análise da responsabilidade civil do

bilidade subjetiva que necessita de demonstração de culpa, mas, como configura-se uma relação de consumo, o ônus da prova incumbe ao profissional²⁴. Em se tratando da aplicação de construções do direito do consumidor, cabem algumas considerações. Primeiramente, no que tange às ações de dano à vida, que compõem o tema principal deste trabalho, também entende-se como relação de consumo aquela estabelecida entre consumidor e fabricante de medicamento²⁵.

Nos casos que serão tratados, quando se referem à falha de medicamentos, aponta-se a incidência da responsabilidade objetiva por parte do fornecedor. É o que defende o jurista Carlos Roberto Gonçalves:

O Código de Defesa de Consumidor [...] também consagrou a responsabilidade objetiva do fornecedor, tendo em vista especialmente o fato de vivermos, hoje, em uma sociedade de produção e de consumo em massa, responsável pela despersonalização ou desindividualização das relações entre produtores, comerciantes e prestadores de serviços, em um polo, e compradores e usuários do serviço, no outro. Em face dos grandes centros produtores, o comerciante perdeu a preeminência de sua função intermediadora²⁶.

Já nos casos que dizem respeito às intervenções médico-cirúrgicas, como os procedimentos de vasectomia e laqueadura tubária, aponta-se a incidência da responsabilidade subjetiva. É possível observar tal fato, por exemplo, em trecho de julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC):

Nos casos de indenização por ato ilícito advindo de erro mé-

médico na distanásia. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil**: novas tendências. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2017, p. 492-493.

²⁴ DADALTO, Luciana. Investir ou desistir: análise da responsabilidade civil do médico na distanásia. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil**: novas tendências. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2017, p. 492-493.

²⁵ PEREIRA, Paula Cargnin. **Responsabilidade civil e o nascimento indesejado**: uma análise jurisprudencial. 2013. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2013, p.73. Disponível em: <https://bit.ly/3cLJU7V>. Acesso em: 09 mar. 2020.

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14 ed. São Paulo: Saraiva 2012, p. 364.

dico, a responsabilidade civil do médico é subjetiva. Para sua caracterização, é imprescindível a comprovação do nexo de causalidade entre o ato lesivo e a culpa em qualquer de suas modalidades [...] a responsabilidade civil do médico é aquela resultante do seu dever de reparar os danos causados em seus pacientes, no exercício de sua profissão [...] ²⁷.

Para além, verifica-se a aplicação da codificação consumerista nas ações de dano de vida com o intuito de enquadrar o consumidor como aquele que adquire medicamento e o que se submete a uma intervenção terapêutica e, portanto, como parte vulnerável da relação. Como referência, temos o artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que sedimenta os direitos dos consumidores:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

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

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

²⁷ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão nº 2003.021450-0/SC. Relator: Rel. Wilson Augusto do Nascimento. Florianópolis, SC, 16 de abril de 2004. **Câmara Cível**. Florianópolis, 2004.

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Merece destaque o inciso VIII do referido dispositivo legal, que alude à possibilidade de inversão do ônus da prova, com o fito de beneficiar os consumidores. Em ações de dano de vida, especificamente, tal inversão atrela-se à transferência aos médicos e fabricantes de medicamentos da incumbência de provarem que seus serviços ou produtos não ocasionaram danos aos pacientes. De modo a ilustrar tal ponto, temos o trecho de Recurso Especial, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 2005:

A inversão do ônus da prova regida pelo art. 6º, inciso VIII, do CDC, está ancorada na assimetria técnica e informacional existente entre as partes em litígio. Ou seja, somente pelo fato de ser o consumidor vulnerável, constituindo tal circunstância um obstáculo à comprovação dos fatos por ele narrados, e que a parte contrária possui informação e meios técnicos aptos à produção da prova, é que se excepciona a distribuição ordinária do ônus²⁸.

Outro ponto do CDC, que remete aos julgados atinentes às *wrongful actions*, faz referência ao dever de informação que se estende aos laboratórios fabricantes dos mais diversos medicamentos, como apresentado pelo artigo 10:

Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

§ 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 720930/RS, T4- 4ª Turma. Relator: Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF de 2009. **Dje**. Brasília, 2009.

à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.

§ 2º Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço.

§ 3º Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito.

2. OS PRESSUPOSTOS DAS *WRONGFUL ACTIONS*: DETERMINAÇÃO E EXTENSÃO DOS DANOS À LIBERDADE REPRODUTIVA

Para compreender em detalhes a configuração das *wrongful actions* ou ações de dano de vida, é importante ter em mente que a evolução tecnológica nos mais diversos ramos da medicina mudaram incontestavelmente as práticas familiares ao redor do mundo. As possibilidades de contracepção e as alterações acerca da perspectiva familiar possibilitaram uma adaptação humana em que é possível prever e agir em função de um planejamento pessoal acerca da paternidade.²⁹ A própria sociedade e suas concepções adaptam-se constantemente aos novos moldes e os ordenamentos jurídico passaram a tutelar esses novos conhecimentos científicos, de modo que o eventual desrespeito às estratégias procriativas por parte de médicos torna-se passível de dever de indenizar³⁰.

Vez que consistem na anulação da decisão reprodutiva tomada pelos pais, os danos podem ser considerados na esfera patrimonial ao

²⁹ SILVA, Rafael Peteffi da. *Wrongful conception, wrongful birth e wrongful life*: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelo ordenamento brasileiro. **Revista da AJURIS**, v. 37, n. 117, 2010, p. 315-318. Disponível em: <https://bdjur.tjdf.t.jus.br/xmlui/handle/123456789/8587>. Acesso em: 12 mar. 2020.

³⁰ SILVA, Rafael Peteffi da. *Wrongful conception, wrongful birth e wrongful life*: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelo ordenamento brasileiro. **Revista da AJURIS**, v. 37, n. 117, 2010, p. 315-318. Disponível em: <https://bdjur.tjdf.t.jus.br/xmlui/handle/123456789/8587>. Acesso em: 12 mar. 2020.

abrirem margem para cobrança quanto ao parto, à educação da criança, à perda de eventuais rendimentos, à repetição dos procedimentos médicos de esterilização, etc. Entretanto, também é possível observar pleitos que visam a indenização de carácter não patrimonial com cobranças acerca da violação do direito à liberdade de não reprodução, da carga emocional decorrente da descoberta da gravidez, etc.³¹

Isto porque, como anteriormente demonstrado, a autonomia da pessoa perpassa a ideia de que os profissionais de saúde devem obedecer diversos requisitos que expressam, em sentido último, a dignidade da pessoa humana em sua escolha de vida plena. O consentimento informado, amplamente tutelado no âmbito internacional e nos ordenamentos de cada país, expressa um ponto de partida coerente para perceber que a prática médica deve ser baseada no respeito à autodeterminação³².

2.1 O CONCEITO DE *WRONGFUL LIFE*: VIDA INDESEJADA COMO DANO INDENIZÁVEL

As ações de *wrongful life* estão ligadas à pretensão de reconhecimento e concessão de indenização por atuação negligente de médico que ocasionou o nascimento de uma criança com deficiência, sem que houvesse conhecimento prévio a respeito de tal possibilidade. As próprias crianças representadas por seus responsáveis legais, em geral seus pais biológicos, ocupam o polo ativo da ação. Isto porque argumenta-se que, caso a deficiência tivesse sido detectada ainda no decurso da gestação, os progenitores teriam recorrido a um aborto voluntário³³.

Julgado pelo Tribunal britânico em 1982, o embate entre *Mckay v. Essex Area Health Authority*³⁴ é demonstração emblemática

³¹ ROCHA, Paula Natércia. Desafios ético-jurídicos nas comumentes designadas *wrongful life actions* ou de “vida indevida” e tentativas para sua superação. **Julgar**, 2018, p. 3-4. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2018/11/20181126-ARTIGO-JULGAR-Wrongful-life-actions-Paula-N-Rocha.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2020.

³² ROCHA, Paula Natércia. Desafios ético-jurídicos nas comumentes designadas *wrongful life actions* ou de “vida indevida” e tentativas para sua superação. **Julgar**, 2018, p. 6-8. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2018/11/20181126-ARTIGO-JULGAR-Wrongful-life-actions-Paula-N-Rocha.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2020.

³³ ARAUJO, Marisa Almeida. **Ser ou não ser?** Lisboa: Repositório das Universidades Lusíada, 2016, p.94.

³⁴ LIU, Athena N C. *Wrongful life: some of the problems*. **Journal Of Medical Ethics**,

quanto ao conceito apresentado. A pretensão indenizatória da criança foi baseada em negligência médica, haja vista que o profissional de saúde não detectou e informou a gestante acerca de enfermidade por ela contraída. Destaca-se que, nesse caso, também se intentou responsabilização do laboratório responsável pela condução dos exames da gestante. Quando do julgamento da lide, o referido Tribunal alegou que não seria possível provar o nexo causal entre a conduta do médico e a condição de deficiência com a qual nasceu a criança porque a ligação estava presente apenas quanto à enfermidade da mãe.

Entretanto, na verdade, compreendeu-se com a evolução do conceito que o argumento referente à negligência médica trata do desrespeito à liberdade de escolha dos responsáveis pela criança. Assim, é clara a existência de nexo de causalidade entre o ato negligente do médico e o dano suportado pela criança. Embora não tenha dado causa à deficiência, o profissional de saúde permitiu o nascimento do feto sem informações sobre seu real quadro clínico, sendo os danos suportados essencialmente pela criança³⁵. Quanto ao tema, é importante destacar que a interrupção de gestação nos países que desenvolvem o termo, notadamente países europeus, apresentam legislações em que o aborto voluntário não é criminalizado, mesmo que em hipóteses específicas³⁶.

Cumpra esclarecer que as ações não são uma apologia desmedida à prática abortiva³⁷, mas uma derivação do respeito ao direito da gestante à livre determinação que perpassa a tomada de decisão acerca do seu próprio corpo e do curso que terá sua vivência. Além disso, também não há um posicionamento discriminatório em relação à diversidade das pessoas com deficiência, vez que argumentos dão conta que a reinvidicação é baseada na percepção de que suas vidas não seriam potencialmente mais difíceis sem a existência da deficiência apontada e no reconhecimento de que algumas vivências para serem dignas e confortá-

Escócia, n. 13, p.69-73, jun. 1987.

³⁵ PAIVA, Lusa Pinto César Correia de. **Pretensões de *wrongful life***: uma alternativa aos quadros tradicionais da responsabilidade civil?. 2011. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2011, p.67.

³⁶ PAIVA, Lusa Pinto César Correia de. **Pretensões de *wrongful life***: uma alternativa aos quadros tradicionais da responsabilidade civil?. 2011. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2011, p.78.

³⁷ QUEIRÓS, António José Alves Gonçalves de. **As ações de *wrongful life* e a legitimidade das suas pretensões**. 2016. Dissertação (2.º Ciclo de Estudos em Direito) - Curso de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p.51.

veis são mais dispendiosas em termos económicos³⁸. Outro argumento a ser rechaçado é aquele que responsabiliza por completo o Estado pelo adequado custeio das despesas dessas crianças com deficiência, já que seu nascimento se deu em contexto de negligência médica que configura nexo causal³⁹.

Diante do exposto, é possível observar que nas ações de *wrongful life* há ato omissivo por parte do médico, que não cumpre com seu dever de informar aos progenitores acerca de possíveis vicissitudes ou não procede à execução dos exames necessários no período pré-natal. Assim, a omissão de informações relevantes ocasiona o prosseguimento da gestação, na expectativa de que o feto seja saudável, que resultará em uma descoberta tardia de más-formações e deficiências⁴⁰. Mostra-se evidente a negligência médica atrelada ao fato do médico permanecer silente quanto às anomalias e inconsistências detectadas em exames realizados pela gestante ou mesmo por não alertar os progenitores quanto à necessidade de realização de alguns testes⁴¹.

Quanto aos danos, argumenta-se que não há como detalhar o que o feto sofreu indevidamente por não haver forma de comparar a atual condição com a hipotética situação em que o erro médico não ocorreu. Porém, não há que se proceder a uma comparação contra-factual, adotando como critérios situações hipotéticas, pois basta vislumbrar quais possíveis despesas e empecilhos a referida criança com deficiência pode vir a enfrentar. Na gama de produtos e serviços estão medicamentos, equipamentos médicos ou ortopédicos, intervenções cirúrgicas, alimentos, entre outros⁴².

Importante destacar que as pretensões indenizatórias podem

³⁸ QUEIRÓS, António José Alves Gonçalves de. **As acções de *wrongful life* e a legitimidade das suas pretensões**. 2016. Dissertação (2.º Ciclo de Estudos em Direito) - Curso de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p.6.

³⁹ QUEIRÓS, António José Alves Gonçalves de. **As acções de *wrongful life* e a legitimidade das suas pretensões**. 2016. Dissertação (2.º Ciclo de Estudos em Direito) - Curso de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p.51-52.

⁴⁰ QUEIRÓS, António José Alves Gonçalves de. **As acções de *wrongful life* e a legitimidade das suas pretensões**. 2016. Dissertação (2.º Ciclo de Estudos em Direito) - Curso de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p.28.

⁴¹ PAIVA, Lusa Pinto César Correia de. **Pretensões de *wrongful life*: uma alternativa aos quadros tradicionais da responsabilidade civil?**. 2011. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2011, p.50-51.

⁴² PAIVA, Lusa Pinto César Correia de. **Pretensões de *wrongful life*: uma alternativa aos quadros tradicionais da responsabilidade civil?**. 2011. Dissertação (Mestrado) -

abrançar aspectos existenciais voltados ao objetivo de amenizar dores daquele que nasceu com deficiência ou más-formações, punir atos negligentes levados a cabo por médicos, auxiliar no processo de saneamento de problemas psicológicos apresentados pela criança e evitar a continuidade do agir negligente por parte de médicos⁴³.

2.2 O CONCEITO DE *WRONGFUL BIRTH*: NASCIMENTO INDEVIDO COMO DANO INDENIZÁVEL

As ações de *wrongful birth* são movidas pelos pais em função do nascimento de uma criança com deficiência. O médico se torna responsável por não propor à mãe uma série de exames ou não informar sobre doença ou anomalia que atinge o feto em tempo hábil para possível realização de tratamentos ou procedimento abortivo nos termos permissivos da lei. O dano argumentado é sobre a perda do direito à escolha, vez que a mulher poderia livremente refletir sobre a realização ou não após cumprimento do dever médico.

Essa perspectiva é construída diante dos benefícios que o diagnóstico precoce apresenta para o tratamento da deficiência e para a preparação financeira, econômica e psicológica dos pais e familiares, que ajuda na inserção da criança no meio familiar e social⁴⁴. A modalidade faz alusão à teoria de perda de uma chance, que, no âmbito médico, é definida pela não disponibilização de tratamento adequado ou tratamento tardio. Essa é uma forma de responsabilização civil amplamente aceita pela jurisprudência e doutrina brasileira por meio do artigo 186 do Código Civil de 2002. Ademais, seu principal papel é preencher uma lacuna quantos aos danos que carecem de um nexo de causalidade entre dano sofrido e conduta lesiva aferível de forma direta⁴⁵.

Especificamente nas ações de *wrongful conception* a serem dis-

Curso de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2011, p.58.

⁴³ PAIVA, Lusa Pinto César Correia de. **Pretensões de *wrongful life***: uma alternativa aos quadros tradicionais da responsabilidade civil?. 2011. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2011, p.58.

⁴⁴ NARDELLI, Eduardo Felipe Nardelli; SÁ, Priscilla Zeni. Concepção indesejada (*wrongful conception*), nascimento indesejado (*wrongful birth*) e vida indesejada (*wrongful life*): possibilidade da reparação na perspectiva do direito civil constitucional brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, v. 2, n. 2, p. 160-161. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/1464/1922>. Acesso em: 12 mar. 2020.

⁴⁵ MASCARENHAS, Igor de Lucena; GODINHO, Adriano Marteleto. A utópica

cutidas em próximo tópico, não é possível caracterizar nexo de causalidade entre a conduta culposa do médico e a deficiência do recém-nascido, mas é possível perceber essa conexão entre a conduta culposa do médico e perda de uma chance da gestante ocasionada pela falha no dever de informação. Assim, não é necessário debater acerca do nascimento em si ou a deficiência em si como danos, o que a vítima perdeu foi a chance de interromper a gravidez⁴⁶.

Desse modo, o ato médico negligente viola a dignidade e o livre desenvolvimento da personalidade da mãe. A indenização solicitada é baseada nos custos econômicos e morais de ter uma criança com diversidade e pode ser analisada por meio da probabilidade da vítima de alcançar um resultado abortivo. Destaca-se que alguns autores questionam essa aplicação teórica por alegarem que não existe uma verdadeira ocasião perdida em relação ao nascimentos e as despesas, pois a decisão abortiva, por exemplo, caberia à mãe ao invés de configurar um evento aleatório⁴⁷.

Ainda, é importante destacar que as doenças e malformações não são atribuídas aos médicos, afinal derivam de evento natural ou desassociado da conduta médica. As violações que cabem ao médico responder são referentes à resultados seguros na realização de exames, direito à informação, direito à liberdade de autodeterminação e planejamento familiar. Por óbvio, tais obrigações são assumidas em contrato de prestação de serviços assumido conscientemente pelo médico em função

aplicação da teoria da perda de uma chance no âmbito do direito médico: uma análise da jurisprudência do TJRS, TJPR e TJPE. **Revista Direito e Liberdade**, v. 18, n. 3, 2016, p. 170-171. Disponível em: <https://bit.ly/33jYijh>. Acesso em: 12 mar. 2020.

⁴⁶ PINTO, Luis Filipe Guimarães. Ações *wrongful birth* e *wrongful life*: uma controvérsia sobre responsabilidade médica civil. **Revista Direito Lusíada**, [s.v], n. 12, 2014, p. 373-374. Disponível em: <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/2240/2368>. Acesso em: 12 mar. 2020.

⁴⁷ NARDELLI, Eduardo Felipe Nardelli; SÁ, Priscilla Zeni. Concepção indesejada (*wrongful conception*), nascimento indesejado (*wrongful birth*) e vida indesejada (*wrongful life*): possibilidade da reparação na perspectiva do direito civil constitucional brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, v. 2, n. 2, p. 161. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/1464/1922>. Acesso em: março de 2020.

de sua atividade profissional⁴⁸.

2.3 O CONCEITO DE *WRONGFUL CONCEPTION*: CONCEPÇÃO INDESEJADA COMO DANO INDENIZÁVEL

Os casos de *wrongful conception* lidam com o nascimento de crianças indesejadas. Nas situações em questão, os casais escolheram utilizar meios contraceptivos como, por exemplo, a vasectomia ou até mesmo o aborto, mas falhas médicas ocasionaram a concepção de criança não planejada. Os pais afirmam que, diante de aconselhamento adequado, o nascimento da criança poderia ter sido evitado. O ponto crucial para os litigantes é a negligência médica que os impediram de tomar decisões e, portanto, consideram que deveriam ser recompensados pelas dificuldades financeiras e pelo sofrimento pessoal que as informações inadequadas ou ausentes ocasionaram⁴⁹.

O primeiro caso de *wrongful conception* foi *Christensen v. Thornby*, ocorrido em 1934 e julgado pela Suprema Corte de Minnesota. Nessa ocasião, o casal pleiteava reparação pelos custos decorrentes da segunda gravidez da mulher com base na ineficácia por equívoco médico de vasectomia anteriormente feita. À época, o procedimento foi fruto de aconselhamento médico que tratava da possibilidade de riscos ao possível bebê. A sentença foi improcedente por considerar que o bem tutelado era a vida da mulher e que, após uma gravidez transcorrida de modo normal e sem prejuízos de saúde, não havia dano a ser reparado⁵⁰.

Contudo, o termo realmente ganhou força mais tarde por meio de casos semelhantes aos apresentados na Suprema Corte de New

⁴⁸ PINTO, Luis Filipe Guimarães. Ações *wrongful birth* e *wrongful life*: uma controvérsia sobre responsabilidade médica civil. **Revista Direito Lusíada**, [s.v], n. 12, 2014, p. 373. Disponível em: <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/2240/2368>. Acesso em: 12 mar. 2020.

⁴⁹ SILVA, Rafael Petrefi da; RAMME, Adrina Santos. Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. **Revista do CEJUR**, v. 1, n. 1, 2013, p. 121-122. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/28>. Acesso em: 12 mar. 2020.

⁵⁰ PEREIRA, Paula Cargnin Responsabilidade civil e o nascimento indesejado: uma análise jurisprudencial. 2013. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2013, p.38-41. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/104348/Monografia-%20PAULA%20CARGNIN%20PEREIRA.pdf;sequence=1&i-sAllowed=y>. Acesso em: 12 mar. 2020.

Hampshire, que concedeu indenização para uma mulher que, após três gestações desejadas, se submeteu à uma laqueadura tubária, mas engravidou dezoito meses após o procedimento. E, embora não utilize o termo de forma clara, a Corte de Cassação Francesa ensejou o debate por meio do julgamento do caso de uma jovem desempregada que se submeteu legalmente à um aborto, mas, por falha cirúrgica do médico responsável que não verificou a retirada do embrião, deu à luz uma criança⁵¹.

Ainda dentro de sua conceituação, alguns acordos semânticos precisam ser esclarecidos. O direito norte-americano apresenta três posicionamentos distintos sobre a utilização da expressão *wrongful conception*. Primeiramente, alguns autores apontam que o termo *wrongful birth* denominaria toda as ações movidas por pais de filhos indesejados, tendo nascido a criança saudável ou deficiente⁵². Outra corrente acredita que *wrongful birth* deveria ser utilizado apenas para os casos em que a criança indesejada é deficiente e, por ausência ou erro de diagnóstico, a possibilidade de abortamento foi retirada.

Assim, quando pais não desejavam filhos e conceberam uma criança saudável, não seria possível utilizar a expressão. Já a terceira posição defende uma subdivisão em que *wrongful conception* seria utilizado para erros médicos por falhas na contracepção, como nos casos de vasectomias e laqueaduras tubárias mal realizadas, e *wrongful pregnancy* para erros médicos ocorridos após a fase de concepção, como nos casos de aborto mal realizado⁵³.

Partindo do paradigma jurisprudencial norte-americano, podemos concluir que, apesar de não haver um consenso, a tendência majoritária considera que *wrongful conception* envolve gravidez não planejada decorrente de falhas médicas quanto aos meios contraceptivos, que resulta em nascimento de uma criança saudável. De tal modo, os

⁵¹ SILVA, Rafael Petrefi da; RAMME, Adrina Santos. Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. **Revista do CEJUR**, v. 1, n. 1, 2013, p. 122. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/28>. Acesso em: 12 mar. 2020.

⁵² SILVA, Rafael Petrefi da; RAMME, Adrina Santos. Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. **Revista do CEJUR**, v. 1, n. 1, 2013, p. 124-125. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/28>. Acesso em: 12 mar. 2020.

⁵³ SILVA, Rafael Petrefi da; RAMME, Adrina Santos. Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. **Revista do CEJUR**, v. 1, n. 1, 2013, p. 124-125. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/28>. Acesso em: 12 mar. 2020.

casos de *wrongful birth* são aqueles em que concepções planejada, por falha de execução de testes genéticos e afins, resulta no nascimento de uma criança deficiente⁵⁴.

Destaca-se que a própria jurisprudência do caso *Kingsbury v. Smith* foi, inicialmente, apontada como *wrongful birth*, mas, após avanços nos debates doutrinários, restou claro que se trata de *wrongful conception*. Outro caso paradigmático para a diferenciação foi *Simmerer v. Dabbas*, julgado em 2000 pela Suprema Corte de Ohio, em que uma conduta médica negligente em procedimento de esterilização gerou a concepção e nascimento de uma criança com problemas cardíacos congênitos que faleceu com quinze meses de vida. Requerida a reparação pelos custos com a gravidez e com o filho, o tribunal julgou que, por não haver nexo causal entre a conduta e o defeito no coração, não ocorreu erro de informação quanto ao tema e a demanda era caracterizada como *wrongful conception*. Compreende-se, portanto, que a mera presença de uma criança com deficiência não justifica ou define inegavelmente a classificação da ação ajuizada⁵⁵.

De tal modo, é preciso compreender que o dano a ser analisado e julgado não é a criança ou eventuais características dela, mas a concepção indesejada que é baseada na retirada do direito de decisão sobre o próprio corpo e ao planejamento familiar. O fato dos progenitores já terem expressado sua vontade de não conceber aos médicos responsáveis pela esterelização negligente ocasiona uma pretensão legítima junto ao Poder Judiciário⁵⁶.

Importante destacar que a falha na atuação médica já é suficiente para eventual configuração de dano, mas a *wrongful conception*

⁵⁴ SILVA, Rafael Petrefi da; RAMME, Adrina Santos. Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. **Revista do CEJUR**, v. 1, n. 1, 2013, p. 124-125. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/28>. Acesso em: 12 mar. 2020.

⁵⁵ PEREIRA, Paula Cargnin. **Responsabilidade civil e o nascimento indesejado: uma análise jurisprudencial**. 2013. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2013, p.38-41. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/104348/Monografia-%20PAULA%20CARGNIN%20PEREIRA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 12 mar. 2020.

⁵⁶ SILVA, Rafael Peteffi da. *Wrongful conception, wrongful birth e wrongful life*: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelo ordenamento brasileiro. **Revista da AJURIS**, v. 37, n. 117, 2010, p. 315-318. Disponível em: <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/123456789/8587>. Acesso em: 12 mar. 2020.

busca debater se a concepção não desejada e suas implicações poderiam ocasionar uma responsabilização autônoma. Alguns argumentam que a vida seria um valor indiscutível e, portanto, não seria possível considerá-la para fins de dano⁵⁷.

Entretanto, diante da regulamentação dos meios de diagnóstico pré-natal e da interpretação de não punibilidade da interrupção de gravidez, há um direito ao funcionamento adequado e eficaz dos serviços de saúde que proporcione informações relevantes para tomada de decisão sobre o andamento da gestação. Também é necessário ponderar que procedimentos cirúrgicos como esterilização e aborto, por exemplo, guardam margem de erro que não pode ser controlada pelo profissional. Diante disso, a comunicação clara das informações e riscos do método utilizado surge como meio de cumprimento do dever legal do médico.⁵⁸

Ainda, essas ações carregam o fardo de estarem em meio aos debates públicos entre os grupos de direito à vida, que buscam proteção ao ser concebido e também ao médico que se opõe moralmente a prática, e os defensores do pró-vida, que debatem a vida digna no aspecto em que devem ser valorizadas e protegidas à medida em que são desejadas e financeiramente assumidas. Nesse sentido, outro argumento recorrente em resultados improcedentes e em movimentações contrárias ao *wrongful conception* pode ser resumido por meio da teoria do “evento abençoado”. O fundamento é que a concepção e nascimento de uma criança, em qualquer hipótese, é fato que causará momentos felizes e de carinho ao longo da criação dos filhos, de forma que se torna um fato a ser excluído das hipóteses de dano indenizável.⁵⁹

Por fim, partindo primordialmente da jurisprudência norte-

⁵⁷ NARDELLI, Eduardo Felipe; SÁ, Priscilla Zeni de. Concepção indesejada (*wrongful conception*), nascimento indesejado (*wrongful birth*) e vida indesejada (*wrongful life*): possibilidade da reparação na perspectiva do direito civil constitucional brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, v. 2, n. 2, 2016, p. 158-159. Disponível em: <https://bit.ly/2TJxjKU>. Acesso em: 12 mar. 2020.

⁵⁸ NARDELLI, Eduardo Felipe; SÁ, Priscilla Zeni de. Concepção indesejada (*wrongful conception*), nascimento indesejado (*wrongful birth*) e vida indesejada (*wrongful life*): possibilidade da reparação na perspectiva do direito civil constitucional brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, v. 2, n. 2, 2016, p. 158-159. Disponível em: <https://bit.ly/2TJxjKU>. Acesso em: 12 mar. 2020.

⁵⁹ PEREIRA, Paula Cargnin. **Responsabilidade civil e o nascimento indesejado: uma análise jurisprudencial**. 2013. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2013, p.38-41. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/104348/>

-americana, são observáveis, em suma, alguns tipos de reparação possíveis para os casos de *wrongful conception*. A primeira trata da reparação total, que inclui os danos da gravidez e os custos com a criação da criança. Já a reparação parcial inclui apenas os danos relacionados à esterilização, gravidez e nascimento. A regra de benefício inclui a diminuição dos danos em proporção com os benefícios que pais experimentam ao ter os filhos, de forma a criar uma linha argumentativa relacionada ao “evento abençoado”. E, claro, há a possibilidade de não reparação⁶⁰.

Alguns argumentos ainda caminham no sentido de “dano limitado” ao afirmarem que a recuperação de despesas da educação seria uma medida de desvalorização da vida. De tal modo, há marco legal em diversos estados norte-americanos restringindo a reparação por *wrongful conception* por entender como inadmissíveis as ações que envolvem a teoria de que alguém não deveria ter nascido. Entretanto, em regra, tribunais caminham em sentido mais abrangente quando tratam dos custos de despesas médicas e dos desconfortos da gravidez⁶¹.

3. WRONGFUL ACTIONS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: A VIDA COMO DANO INDENIZÁVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Inicialmente, diante dos conceitos anteriormente apresentados, é relevante destacar que a discussão acerca das chamadas *wrongful actions* é apresentada como tema delicado no ordenamento jurídico brasileiro, vez que o aborto é prática criminalizada nos termos do Código

Monografia-%20PAULA%20CARGNIN%20PEREIRA.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 12 mar. 2020.

⁶⁰ PEREIRA, Paula Cargnin. **Responsabilidade civil e o nascimento indesejado:** uma análise jurisprudencial. 2013. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2013, p.38-41. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/104348/Monografia-%20PAULA%20CARGNIN%20PEREIRA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 12 mar. 2020.

⁶¹ PEREIRA, Paula Cargnin. **Responsabilidade civil e o nascimento indesejado:** uma análise jurisprudencial. 2013. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2013, p.38-41. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/104348/Monografia-%20PAULA%20CARGNIN%20PEREIRA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 12 mar. 2020.

Penal:

Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debilmente mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Como se observa a partir dos artigos supracitados, a tipificação perpassa hipóteses em que o ato é praticado pela própria gestante ou por outrem, sendo este alguém que ajude a dita gestante ou aja à revelia desta. Complementado as previsões referentes ao tipo penal apresentado, o artigo 128 do referido diploma legal estipula possibilidades em que a sanção é passível de afastamento:

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

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

Já destacando posicionamento relevante do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto ao tema, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (ADPF 54) julgada em 2012, decidiu-se

pela declaração de inconstitucionalidade da interpretação que apontava a interrupção da gravidez de feto anencéfalo como conduta tipificada pelos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro⁶². Segundo consta do voto do relator da referida ADPF, Ministro Marco Aurélio:

A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo [...] tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República⁶³.

Assim, aponta-se para a extensão da permissividade da prática do aborto para casos em que se detecta a anencefalia do feto, condição rara considerada como uma grave malformação congênita do sistema nervoso do embrião. Conforme definição do vocábulo, presente em dicionário da língua portuguesa, anencefalia é uma “monstruosidade consistente na falta de cérebro”. Já em linguagem científica, malformação decorre do não fechamento do neuroporo anterior do tubo neural do embrião, que acarreta a ausência ou a formação defeituosa dos hemisférios cerebrais. Na maioria das vezes, mostra-se como anomalia que impossibilita a vida extrauterina⁶⁴.

Nessa toada, por lógica, indica-se que a referida tipificação do aborto tem fortes repercussões sobre tratativa das chamadas ações de dano de vida no país. Precedentes estadunidenses e norte-americanos de ações de *wrongful birth* que se pautam, sobremaneira, em erros co-

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (adpf) nº 54. Relator: Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. **Dje**. Brasília, 2012. Voto do Min. Rel. Marco Aurélio, p.79. Disponível em: <https://bit.ly/3cJjZxo>. Acesso em: 09 mar. 2020.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (adpf) nº 54. Relator: Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. **Dje**. Brasília, 2012. Voto do Min. Rel. Marco Aurélio, p.79. Disponível em: <https://bit.ly/3cJjZxo>. Acesso em: 09 mar. 2020.

⁶⁴ Agência Senado (org.). **Entenda o que é anencefalia**. 2010. Disponível em: <https://bit.ly/2vJKMcY>. Acesso em: 09 mar. 2020.

metidos em diagnósticos pré-natais que não identificam anomalias ou doenças graves e impossibilitam o recurso ao aborto não se aplicam em nosso ordenamento jurídico. Ainda, ações de *wrongful life* também não encontram acolhida no ordenamento jurídico nacional por também se firmarem na possibilidade de aborto.

No que tange às ações de dano vida, a jurisprudência a ser analisada é focada nas ações de *wrongful conception*, vez que discutem possível falha em métodos contraceptivos que pode culminar em gestação indesejada. Como primeira observação acerca dessas demandas judiciais, destaca-se forte tendência de lhes negar provimento, sendo as que admitem procedência de pedidos de indenização referentes à falha na produção ou comercialização de medicamentos. Nos casos de provimentos, é possível reconhecer um raciocínio próprio de relações consumeristas ao entender que os genitores como consumidores lesados pela conduta inadvertida de fabricantes de medicamentos⁶⁵.

Quanto às principais decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), as ações dizem respeito à ministração de pílulas anticoncepcionais ineficientes, bem como à realização de cirurgias de esterilização ineficazes. O primeiro caso paradigmático a ser destacado é referente à pílula anticoncepcional denominada *Microvlar*, que, em suma, correspondeu à comercialização inadvertida de medicamentos que, na verdade, eram meros placebos (“pílulas de farinha”). Várias ações foram interpostas a nível de tribunais estaduais pleiteando o reconhecimento da responsabilidade civil da fabricante *Schering do Brasil Química e Farmacêutica* pelo quadro gestacional de algumas mulheres que fizeram uso de medicamento contraceptivo⁶⁶.

Já em Tribunal Superior, em sede de Recurso Especial, reconheceu-se o inequívoco direito das mulheres pela percepção de indenização a título de reparação dos danos morais sofridos. Alegou-se que a empresa farmacêutica deveria ter mais controle sobre seu processo produtivo, haja vista que os placebos comercializados como se medica-

⁶⁵ PEREIRA, Paula Cargnin. **Responsabilidade civil e o nascimento indesejado**: uma análise jurisprudencial. 2013. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2013, p.60. Disponível em: <https://bit.ly/3cLJU7V>. Acesso em: 09 mar. 2020.

⁶⁶ REVISTA CONSULTOR JURÍDICO (ed.). **STJ mantém indenização de R\$ 70 mil em ação contra a Schering**. 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-16/schering_indenizar_vender_pilula_farinha. Acesso em: 08 jun. 2020.

tos fossem eram oriundos de testes de maquinário. Isto, é claro, porque o objetivo precípua das mulheres ao ministrarem pílulas anticoncepcionais é o de terem a possibilidade de efetuar seu planejamento familiar, escolhendo quando e em quais circunstâncias desejam ter filhos⁶⁷. Nas palavras da Relatora Ministra Nancy Andrighi, destaca-se:

Quanto às circunstâncias que envolvem a hipótese, o TJ/SP entendeu que não houve descarte eficaz do produto-teste, de forma que a empresa permitiu, de algum modo, que tais pílulas atingissem as consumidoras. Quanto a esse 'modo', verificou-se que a empresa não mantinha o mínimo controle sobre pelo menos quatro aspectos essenciais de sua atividade produtiva, quais sejam: a) sobre os funcionários, pois a estes era permitido entrar e sair da fábrica com o que bem entendessem; b) sobre o setor de descarga de produtos usados e/ou inservíveis, pois há depoimentos no sentido de que era possível encontrar medicamentos no 'lixão' da empresa; c) sobre o transporte dos resíduos; e d) sobre a incineração dos resíduos. E isso acontecia no mesmo instante em que a empresa se dedicava a manufaturar produto com potencialidade extremamente lesiva aos consumidores⁶⁸.

Outro argumento a que aduziu Andrighi, levantado pela empresa farmacêutica, é o de que a ineficácia do anticoncepcional teve por resultado uma nova vida e que esse é um fato que deve ser percebido como positivo⁶⁹. Para a dita Ministra, compete ao escopo da ação somente a análise da finalidade da pílula anticoncepcional e sua suposta falha ao não ter impedido um quadro gestacional, conforme sublinha-se:

O dever de compensar danos morais, na hipótese, não fica afastado com a alegação de que a gravidez resultante da ineficácia do anticoncepcional trouxe, necessariamente, sentimentos positivos pelo surgimento de uma nova vida, porque o objeto dos autos não é discutir o dom da maternidade. Ao contrário, o produto em questão é um anticoncepcional, cuja única utilidade é a de evitar uma gravidez. A mulher

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 866636/SP. Relator: Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF de 2007. **Dje.** Brasília, 2007.

⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 866636/SP. Relator: Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF de 2007. **Dje.** Brasília, 2007.

⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 866636/SP. Relator: Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF de 2007. **Dje.** Brasília, 2007.

que toma tal medicamento tem a intenção de utilizá-lo como meio a possibilitar sua escolha quanto ao momento de ter filhos, e a falha do remédio, ao frustrar a opção da mulher, dá ensejo à obrigação de compensação pelos danos morais⁷⁰.

Outra ação emblemática cuidou da ineficácia de outra pílula anticoncepcional, conhecida como *Diane 35*, fabricada pela já mencionada empresa *Schering*, quando o medicamento teve lote comercializado com uma drágea a menos do que o habitual. O caso julgado pelo STJ em Recurso Especial culminou na condenação da empresa ré ao pagamento de valor indenizatório à autora, Ildete Dias da Silva, mesmo com atestado que deu conta do fato de que o feto nasceu morto. O referido valor tratava de dano de natureza moral e patrimonial⁷¹. Nancy Andrighi, que na ocasião se apresentou como relatora, manteve posicionamento por ela firmado quando do julgamento de caso envolvendo a pílula anticoncepcional *Microvlar*, conforme trecho a seguir:

[...] A consumidora mostrou que fazia uso regular do anticoncepcional, mas não que consumiu, especificamente, uma das cartelas que foram colocadas à venda com defeito. Defende-se a recorrente alegando que, nessa hipótese, ao julgar procedente o pedido indenizatório, o Tribunal responsabilizou o produtor como se este só pudesse afastar sua responsabilidade provando, inclusive, que a consumidora não fez uso do produto defeituoso, o que é impossível. Contudo, está presente uma dupla impossibilidade probatória: à autora também era impossível demonstrar que comprara especificamente uma cartela defeituosa, e não por negligência como alega a recorrente, mas apenas por ser dela inexigível outra conduta dentro dos padrões médios de cultura do país. [...] A recorrente alega que o nascimento de um filho jamais pode ser causa de dano moral; porém, deve-se anotar que o produto defeituoso é um anticoncepcional, cuja finalidade é proporcionar à mulher uma escolha quanto ao momento de ter filhos. Nesse contexto, a falha do remédio frustra tal opção, e nisso reside a necessidade de compensação pelos danos mo-

⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 866636/SP. Relator: Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF de 2007. **Dje**. Brasília, 2007.

⁷¹ G1 (ed.). **Justiça condena laboratório por falha de anticoncepcional**. 2007. Disponível em: <https://glo.bo/2vGraWJ>. Acesso em: 09 mar. 2020.

rais⁷².

Em sede do STJ, não obstante o que foi exposto, houve julgamento que negou provimento ao pedido de indenização por danos morais e materiais movido por suposta de ministrarção de pílula anticoncepcional ineficaz. De modo a sustentar seu posicionamento, o Relator Ministro Tarso de Sanseverino afirmou não estar configurada violação do dever de informação pelo fabricante do medicamento contraceptivo *Mesygna*. Para o dito Ministro, há que se considerar que quaisquer métodos contraceptivos não são completamente eficazes, bem como a bula do medicamento cumpre seu papel no sentido de informar o usuário quanto aos riscos a que se submete quando do uso da medicação⁷³.

Ademais, cabe apontar que, em todos os casos até então indicados, verteu-se à aplicação dos preceitos da responsabilidade civil objetiva. Contudo, há hipótese em que são utilizados aspectos da responsabilidade civil subjetiva, qual seja: falha em cirurgias de esterilização, as ditas vasectomia e laqueadura tubária. O Superior Tribunal de Justiça já julgou recurso especial concernente a tal matéria, cuja relatoria coube ao Ministro Massami Uyeda⁷⁴.

Na oportunidade, o Relator salientou o fato de médico e paciente firmarem entre si uma relação contratual, que tem por escopo uma obrigação de meio. Isto posto, eventuais resultados indesejados, como uma gravidez inesperada, não poderiam ser imputados ao profissional de saúde, desde que se comprove que tal profissional agiu com a diligência necessária para alcançar os objetivos pretendidos, tornando incontestes o caráter subjetivo da responsabilização médica ao ensejar comprovação de culpa⁷⁵. A ementa do referido julgado esclarece tal pontuação:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO
- DANOS MORAIS E MATERIAIS - CIRURGIA DE
VASECTOMIA - SUPOSTO ERRO MÉDICO - RES-
PONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA - OBRIGA-

⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 918257/SP. Relator: Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF de 2007. **Dje**. Brasília, 2007.

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1261815/PR. Relator: Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, DF de 2001. **Dje**. Brasília, 2001.

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1051674/RS. Relator: Rel. Min. Massami Uyeda. Brasília, DF de 2009. **Dje**. Brasília, 2009.

⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1051674/RS. Relator: Rel. Min. Massami Uyeda. Brasília, DF de 2009. **Dje**. Brasília, 2009.

ÇÃO DE MEIO - PRECEDENTES - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE IMPRUDÊNCIA NA CONDUCTA DO PROFISSIONAL – CUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO - ENTENDIMENTO OBTIDO DA ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - REEXAME DE PROVAS - IMPOSSIBILIDADE - ÓBICE DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

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

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

III - Estando comprovado perante as instâncias ordinárias o cumprimento do dever de informação ao paciente e a ausência de negligência na conduta do profissional, a revisão de tal entendimento implicaria reexame do material fático-probatório, providência inadmissível nesta instância extraordinária (Enunciado n. 7/STJ); IV - Recurso especial não conhecido⁷⁶.

Ainda no que tange à responsabilidade médica, atrelada à realização de intervenções cirúrgicas, é esclarecedor observar julgados de Tribunais Estaduais que tiveram por objeto cirurgias de vasectomia. Indica-se julgado do Tribunal de Santa Catarina, em sede de Apelação Cível, no qual se analisou pleito de indenização por danos morais e materiais fundado na ocorrência de gravidez da esposa do apelante após procedimento de esterilização masculina. Ao fundamentar a decisão, argumentou-se no sentido os médicos assumirem obrigações de meio, ressalvadas algumas poucas exceções, ou seja, embora tais profissionais devem agir com a máxima diligência e se valendo de todos os meios que dispõem, eventualmente o objetivo do paciente pode não ser atingido⁷⁷.

Novamente, é preciso observar que os Tribunais têm classificado obrigações oriundas de intervenções cirúrgicas como obrigações de meio. Assim, é imprescindível atestar a culpa do profissional de saú-

⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1051674/RS. Relator: Rel. Min. Massami Uyeda. Brasília, DF de 2009. **Dje**. Brasília, 2009.

⁷⁷ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão nº 2002.022712-4. Relator: Rel. Dionizio Jenczak. Florianópolis, SC, 17 de agosto de 2004. **Primeira Câmara de Direito Civil**. Florianópolis, 2004.

de responsável pelo procedimento que ocasionou resultado indesejado, que nas ações debatidas no presente trabalho seria a gravidez indesejada. Nesse sentido, o Tribunal de São Paulo argumentou em julgamento também referente à cirurgia de vasectomia: “[...] o litigante assume o risco de perder a causa se não se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional [...]”⁷⁸.

Outro julgado do Tribunal de São Paulo frisou o fato de que métodos contraceptivos são falíveis, mesmo aqueles que dizem respeito às intervenções cirúrgicas. Para além, indicou ser necessário atestar o cometimento de erro pelo profissional de saúde, prova do caráter subjetivo da responsabilização civil por obrigação de meio⁷⁹. A indicação da conduta culposa do médico também foi apresentada em outro acórdão oriundo do Estado de São Paulo, ocasião em que se negou provimento ao recurso de Apelação Cível interposto com o fito de caracterização da responsabilidade civil de médico⁸⁰.

Importante destacar que não apenas insucessos em cirurgias de vasectomia, realizadas em indivíduos do sexo masculino ensejam ações de responsabilidade civil, já que também são interpostas demandas envolvendo cirurgias de laqueadura. À semelhança dos entendimentos indicados outrora, também nas cirurgias contraceptivas levadas a cabo em pessoas do sexo feminino, considera-se a existência de obrigação de meio. Assim sendo, é necessário comprovar culpa por parte do profissional de saúde, de modo que se materialize o dever de indenizar, conforme julgado do Tribunal de São Paulo⁸¹. Outra ação julgada por esse Tribunal, cuja matéria era cirurgia de laqueadura mal sucedida também firmou os mesmos pontos argumentativos anteriormente apresentados,

⁷⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão nº 544.973.4/1-00/SP. Relator: Rel. Des. Waldemar Nogueira Filho. São Paulo, SP, 27 de junho de 2008. **Terceira Câmara B de Direito Privado**. São Paulo, 2008.

⁷⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão nº 527.354-5/6-00/SP. Relator: Rel. Nelson Calandra. São Paulo, SP, 03 de junho de 2008. **Segunda Câmara de Direito Público**. São Paulo, 2008.

⁸⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão nº 402.092-5/8-00. Relator: Rel.(a) Vera Angrisani. São Paulo, SP, 11 de dezembro de 2007. **Segunda Câmara de Direito Público**. São Paulo, 2007.

⁸¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão nº 0027159-22.2001.8.26.0053/SP. Relator: Rel. Francisco Bianco. São Paulo, SP, 15 de setembro de 2014. **5ª Câmara de Direito Público**. São Paulo, 2014.

com consequente negação do dever de indenizar por parte do médico⁸².

Ainda, existem ações que dizem respeito à falha no uso de outro método contraceptivo amplamente utilizado: camisinhas. Em julgado do Tribunal do Rio Grande do Sul, negou-se provimento ao pedido da parte autora que intentava indenização por danos materiais e morais decorrentes de gravidez indesejada, já que a camisinha rompeu durante o ato sexual. Os desembargadores do dito Tribunal pincelaram a falibilidade de todo e qualquer método contraceptivo e se referiram ao evento gravidez como um caso fortuito⁸³.

No mesmo sentido e com a utilização do mesmo termo, um julgado do Tribunal de Minas Gerais apresenta a seguinte ementa:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - PRESERVATIVO ROMPIDO - CASO FORTUITO - EXCLUDENTE DO DEVER DE INDENIZAR. Os consumidores que utilizam preservativo assumem o risco de que o mesmo possa não gerar o efeito esperado, pois, como é de conhecimento geral, os métodos anticoncepcionais disponibilizados no mercado não são providos de total eficácia, sendo o seu rompimento mero caso fortuito⁸⁴.

De tal modo, é possível concluir pela impossibilidade de responsabilização dos fabricantes de preservativos, haja vista que aqueles que fazem uso desses produtos assumem o risco de que a camisinha não se mostre como plenamente eficaz. A utilização do caso fortuito significa uma reafirmação de que o evento gravidez se deu dentro desses limites e margens de ineficácia do método contraceptivo⁸⁵.

⁸² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão nº 0000105-28.2011.8.26.0604/SP. Relator: Rel. Francisco Bianco. São Paulo, SP, 27 de janeiro de 2014. **5ª Câmara de Direito Público**. São Paulo, 2014.

⁸³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 70020745303. Porto Alegre, RS, 22 de novembro de 2007. **Décima Câmara Cível**. Porto Alegre, 2007.

⁸⁴ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Acórdão nº 2.0000.00.414639-8/000/MG. Relator: Rel. Des. Eulina do Carmo Almeida. Belo Horizonte, MG, 03 de agosto de 2004. **Câmara Cível**. Belo Horizonte, 2004.

⁸⁵ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Acórdão nº 2.0000.00.414639-8/000/MG. Relator: Rel. Des. Eulina do Carmo Almeida. Belo Horizonte, MG, 03 de agosto de 2004. **Câmara Cível**. Belo Horizonte, 2004.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos resultados apresentados, é importante salientar que este trabalho reconhece que o objeto das ações em comento, além de dizerem respeito à temática de gravidez indesejada, tangenciam duas importantes garantias da ordem jurídica nacional: planejamento familiar e liberdade reprodutiva, já que são evidentes os argumentos que caracterizam esses novos danos indenizáveis perante os obstáculos à plena efetivação do planejamento familiar e da liberdade de escolha quanto ao momento e modo de formação da família.

No tocante ao planejamento familiar, a Constituição Federal consagrou o direito ao planejamento familiar em seu art. 226, §7º e compete à máquina estatal prover recursos educacionais e científicos à população, ou seja, munir as pessoas das ferramentas necessárias para que elas se tornem aptas a gerir o curso de suas vidas familiares. O Ministério da Saúde entende que se trata de um direito à informação, bem como ao acesso à recursos que permitam optar livre e conscientemente por ter filhos ou não, perpassando a ausência de discriminação, coerção ou violência⁸⁶.

Nesse ínterim, é imprescindível também zelar pela proteção da liberdade reprodutiva da pessoa humana⁸⁷. Trata-se de perspectiva que coaduna para com o princípio da dignidade da pessoa humana sacramentado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal e a tutela da liberdade com fulcro no artigo 5º, também da Constituição Federal.

Dessa maneira, é possível concluir que, apesar dos desafios ético-jurídicos que o desenvolvimento tecnológico suscita, o ordenamento jurídico brasileiro admite a influência dos conceitos e questionamentos propostos pelas *wrongful actions* na atividade judiciária e legislativa. Portanto, é necessário que seja feita uma profunda reflexão sobre como esses novos danos indenizáveis dialogam com a realidade social e as previsões legais do país em prol de efetivo respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos anteriormente mencionados quando estabelecida a relação médico-paciente com fulcro em métodos relacionados à concepção.

⁸⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. **Assistência em planejamento familiar**: manual técnico. Brasília: Ministério da Saúde; 2002.

⁸⁷ COSTA, Ana Maria. Planejamento familiar no Brasil. **Revista Bioética**, [online], v. 4, n. 2, p.1-13, jul./dez. 1996, p.5.

REFERÊNCIAS

Agência Senado (org.). **Entenda o que é anencefalia**. 2010. Disponível em: <https://bit.ly/2vJKMcy>. Acesso em: 09 mar. 2020.

ARAUJO, Marisa Almeida. **Ser ou não ser?** Lisboa: Repositório das Universidades Lusíada, 2016.

BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Recomendação CFM n. 1/2016**. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Disponível em: <<https://goo.gl/LmToHe>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<https://goo.gl/Q1Jm1v>>. Planalto. Brasília, DF. Acesso em: 25 jul. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Assistência em planejamento familiar: manual técnico**. Brasília: Ministério da Saúde; 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1051674/RS. Relator: Rel. Min. Massami Uyeda. Brasília, DF de 2009. **Dje**. Brasília, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1261815/PR. Relator: Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, DF de 2001. **Dje**. Brasília, 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 720930/RS, T4- 4ª Turma. Relator: Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF de 2009. **Dje**. Brasília, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 866636/SP. Relator: Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF de 2007. **Dje**. Brasília, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 866636/SP. Relator: Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF de 2007. **Dje**. Brasília, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 918257/SP. Relator: Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF de 2007. **Dje**. Brasília, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (adpf) nº 54. Relator: Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. **Dje**. Brasília, 2012. Voto do Min. Rel. Marco

Aurélio, p.79. Disponível em: <https://bit.ly/3cJjZxo>. Acesso em: 09 mar. 2020.

COSTA, Ana Maria. Planejamento familiar no Brasil. **Revista Bioética**, [online], v. 4, n. 2, p.1-13, jul./dez. 1996.

DADALTO, Luciana. Investir ou desistir: análise da responsabilidade civil do médico na distanásia. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil: novas tendências**. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2017.

DONOVAN, Patricia. *Wrongful Birth and Wrongful Conception: The Legal and Moral Issues. Family Planning Perspectives*, v. 16, n. 2, 1984. Disponível em: <https://bit.ly/2wUxCtu>. Acesso em: 12 mar. 2020.

G1 (ed.). **Justiça condena laboratório por falha de anticoncepcional**. 2007. Disponível em: <https://glo.bo/2vGraWJ>. Acesso em: 09 mar. 2020.

GODINHO, Adriano Marteleto. A responsabilidade civil dos profissionais da saúde pela violação da autonomia dos pacientes. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil: novas tendências**. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2017.

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

LIU, Athena N C. *Wrongful life: some of the problems. Journal Of Medical Ethics*, Escócia, n. 13, p.69-73, jun. 1987.

MASCARENHAS, Igor de Lucena; GODINHO, Adriano Marteleto. A utópica aplicação da teoria da perda de uma chance no âmbito do direito médico: uma análise da jurisprudência do TJRS, TJPR e TJPE. **Revista Direito e Liberdade**, v. 18, n. 3, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/33jYijh>. Acesso em: 12 mar. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Acórdão nº 2.0000.00.414639-8/000/MG. Relator: Rel. Des. Eulina do Carmo Almeida. Belo Horizonte, MG, 03 de agosto de 2004. **Câmara Cível**. Belo Horizonte, 2004.

NARDELLI, Eduardo Felipe Nardelli; SÁ, Priscilla Zeni. Concepção indesejada (*wrongful conception*), nascimento indesejado (*wrongful birth*) e vida indesejada (*wrongful life*): possibilidade da reparação na perspectiva do direito civil constitucional brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, v. 2, n. 2. Disponível em: <https://bit.ly/38KgqE3>. Acesso em:

12 mar. 2020.

PAIVA, Lusa Pinto César Correia de. **Pretensões de *wrongful life***: uma alternativa aos quadros tradicionais da responsabilidade civil?. 2011. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2011.

PAIVA, Mario Antonio Lobato de. Evolução da responsabilidade civil e seus problemas modernos. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 36, n. 144, 1999, p. 177-178. Disponível em: <https://bit.ly/2INv96t>. Acesso em: 08 mar. 2020.

PEREIRA, Paula Cargnin. **Responsabilidade civil e o nascimento indesejado**: uma análise jurisprudencial. 2013. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2013, p.60. Disponível em: <https://bit.ly/3cLJU7V>. Acesso em: 09 mar. 2020.

PINTO, Luis Filipe Guimarães. Ações *wrongful birth* e *wrongful life*: uma controvérsia sobre responsabilidade médica civil. **Revista Direito Lusíada**, [s.v], n. 12, 2014. Disponível em: <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/2240/2368>. Acesso em: 12 mar. 2020.

QUEIRÓS, António José Alves Gonçalves de. **As acções de *wrongful life* e a legitimidade das suas pretensões**. 2016. Dissertação (2.º Ciclo de Estudos em Direito) - Curso de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas. In: MENEZES, Joyceane Bezerra. (Org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. 1ed. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 70020745303. Porto Alegre, RS, 22 de novembro de 2007. **Décima Câmara Cível**. Porto Alegre, 2007.

ROCHA, Paula Natércia. Desafios ético-jurídicos nas comumentes designadas *wrongful life actions* ou de “vida indevida” e tentativas para sua superação. **Julgar**, 2018, p. 6-8. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2018/11/20181126-ARTIGO-JULGAR-Wrongful-life-actions-Paula-N-Rocha.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão nº 2003.021450-0/SC. Relator: Rel. Wilson Augusto do Nascimento. Florianópolis, 2003.

nópolis, SC, 16 de abril de 2004. **Câmara Cível**. Florianópolis, 2004

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão nº 2002.022712-4. Relator: Rel. Dionizio Jenczak. Florianópolis, SC, 17 de agosto de 2004. **Primeira Câmara de Direito Civil**. Florianópolis, 2004.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão nº 544.973.4/1-00/SP. Relator: Rel. Des. Waldemar Nogueira Filho. São Paulo, SP, 27 de junho de 2008. **Terceira Câmara B de Direito Privado**. São Paulo, 2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão nº 0000105-28.2011.8.26.0604/SP. Relator: Rel. Francisco Bianco. São Paulo, SP, 27 de janeiro de 2014. **5ª Câmara de Direito Público**. São Paulo, 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão nº 0027159-22.2001.8.26.0053/SP. Relator: Rel. Francisco Bianco. São Paulo, SP, 15 de setembro de 2014. **5ª Câmara de Direito Público**. São Paulo, 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão nº 402.092-5/8-00. Relator: Rel.(a) Vera Angrisani. São Paulo, SP, 11 de dezembro de 2007. **Segunda Câmara de Direito Público**. São Paulo, 2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão nº 527.354-5/6-00/SP. Relator: Rel. Nelson Calandra. São Paulo, SP, 03 de junho de 2008. **Segunda Câmara de Direito Público**. São Paulo, 2008.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Wrongful conception, wrongful birth e wrongful life*: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelo ordenamento brasileiro. **Revista da AJURIS**, v. 37, n. 117, 2010. Disponível em: <https://bdjur.tjdf.tj.br/xmlui/handle/123456789/8587>. Acesso em: 12 mar. 2020.

SILVA, Rafael Petrefi da; RAMME, Adrina Santos. Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. **Revista do CEJUR**, v. 1, n. 1, 2013. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/28>. Acesso em: 12 mar. 2020.