

INSTITUTO MACHADENSE DE ENSINO SUPERIOR

DOUGLAS MENDES PEREIRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS *WRONGFUL ACTIONS* E O
DIREITO A NÃO EXISTÊNCIA**

**MACHADO – MG
2019**

DOUGLAS MENDES PEREIRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS *WRONGFUL ACTIONS* E O
DIREITO A NÃO EXISTÊNCIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito do INSTITUTO MACHADENSE DE ENSINO SUPERIOR como parte dos requisitos para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Profa. M.Sc. ROSÂNGELA APARECIDA DA SILVA FRANCHI.

**MACHADO – MG
2019**

DOUGLAS MENDES PEREIRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS *WRONGFUL ACTIONS* E O
DIREITO A NÃO EXISTÊNCIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito do INSTITUTO MACHADENSE DE ENSINO SUPERIOR como parte dos requisitos para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

APROVADO: Machado-MG, ____ de _____ de 2019.

Prof. M.Sc. ROSÂNGELA APARECIDA DA SILVA FRANCHI
(Orientadora)

Prof. _____
(Avaliador)

Prof. _____
(Avaliador)

*À minha mãe, Selmara, meu amor
mais verdadeiro.*

*Agradeço a Deus pela força a mim concedida
e por guiar meus passos até os lugares
certos, por ter me protegido e amparado.
Agradeço a minha mãe, Selmara, minha irmã,
Dayana, e meu pai, Rosan, por serem a base
de quem eu sou. Agradeço às pessoas mais
especiais do planeta, Andreza e Thalita, que
tanto incentivaram esta jornada, e aos amigos
feitos na faculdade. Devo tudo a todos vocês!*

A luz brilha nas trevas e as trevas não a derrotaram. João 1.5

A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS *WRONGFUL ACTIONS* E O DIREITO A NÃO EXISTÊNCIA

Douglas Mendes Pereira*

Rosângela Aparecida da Silva Franchi**

INTRODUÇÃO. 1 BIOÉTICA E BIODIREITO. 2 NOÇÕES GERAIS SOBRE AS *WRONGFUL ACTIONS*. 3 ESPÉCIES DE *WRONGFUL ACTIONS*. 4 A RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar as *wrongful actions*, determinando os conceitos das suas espécies: *wrongful life*, *wrongful conception* e *wrongful birth*, através do estudo das ações interpostas ao longo do tempo, e chegar a um posicionamento a respeito da linha de decisões que é tomada pelos tribunais. O trabalho objetiva analisar as *wrongful actions* frente aos princípios da bioética. Hoje, o direito à saúde, à vida e à dignidade da pessoa humana são os alicerces fundamentais da sociedade, portanto, o presente trabalho visa esclarecer se as *Wrongful Actions* estão tutelando acertadamente tais direitos. As decisões são favoráveis ou contrárias para estas ações? Como identificar a responsabilização civil? O Brasil tem admitido essas ações? O tema é justificado pois estas demandas foram surgindo isoladamente em alguns tribunais pelo mundo, e, com a evolução do Direito foram tomando formas diferentes de decisão. A metodologia do trabalho é na estrutura de artigo científico, reunindo informações através de pesquisas jurisprudenciais, doutrinárias e acadêmicas. Será utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo, visto que o estudo será realizado com informações e considerações hipotéticas, a fim de alcançar uma conclusão, delimitando a forma de responsabilização civil frente a essas causas.

Palavras-chaves: Bioética; Dignidade da Pessoa Humana; Responsabilidade Civil; *Wrongful Actions*.

INTRODUÇÃO

A evolução e o desenvolvimento das ciências médicas e biológicas transformaram drasticamente a sociedade. Isto acarreta no Direito à necessidade de abranger os novos aspectos deste crescimento do avanço

*douglascontabil@terra.com.br. Acadêmico do 9º período da Faculdade de Direito do Instituto Machadense de Ensino Superior (IMES) mantido pela da Fundação Machadense de Ensino Superior e Comunicação (FUMESC) – Machado – MG.

** prof.rosangelaasilva@gmail.com. Coordenadora e Professora da Faculdade de Direito do IMES/ FUMESC – Machado – MG

médico e constituir regramentos e normas acerca das eventuais situações que podem ocorrer nas relações médicos-pacientes.

Com este progresso da ciência médica, hoje, é possível o diagnóstico de patologias congênitas e intervenções medicamentosas e cirúrgicas ao feto. Através aconselhamento genético, faz-se possível identificar os males que podem acometer o feto. Quando tais procedimentos não atingem o fim esperado, é quando surge a necessidade de o Direito adentrar-se no assunto. A Constituição Federal de 1988 (CF), no art. 1º, III, traz, como um dos fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana, e no artigo 5º, o Direito à Vida vem como garantia fundamental, além de ser um direito entranhado na sociedade, inviolável e indisponível a quem quer que seja.

As *wrongful actions* são pretensões que buscam responsabilizar civilmente os médicos por erro, no processo de reprodução assistida, e outros, podendo ser iniciadas pelos pais da criança deficiente ou indesejada, e até pela própria criança.

São três tipos de ações existentes; *wrongful life*, *wrongful birth* e *wrongful conception*. *Wrongful conception* foi concebida com esta nomenclatura pela busca por reparação acerca da concepção indevida, causada por erro médico, permitindo, assim a concepção, seja por intervenções cirúrgicas mal realizadas ou tratamentos farmacológicos ineficazes.

Wrongful birth é a terminologia utilizada para as ações interpostas requerendo a responsabilização do médico por erro de diagnóstico do feto, permitindo o nascimento. Nesta situação, a gravidez é desejada e, no período pré-nascimento, há falha em testes genéticos e a criança nasce deficiente.

A *wrongful life* é utilizada nas ações em que a própria criança pede reparação por suas deficiências. Na maioria das situações as crianças estão representadas por seus pais, mas também há aquelas em que ela própria é o autor da causa, dá-se pelo fato de ter nascido com deficiências físicas ou psicológicas.

Por meio do estudo da doutrina das *wrongful actions*, é possível o reconhecimento da responsabilização dos profissionais da medicina por falhas em procedimentos de esterilização, não notificação aos pais sobre as condições de saúde do feto, e também por erro de diagnóstico de anomalias congênitas.

As recentes decisões acerca do assunto vêm demonstrando a necessidade da observância de diversos fatores a fim de alcançar a decisão. Deverá observar se há nexos de causalidade entre a prática médica e a anormalidade que recaiu sobre o feto; além disso, faz-se necessário apreciar-se o dano em si, bem como defini-lo e quantificá-lo.

Grande parte da doutrina define os institutos das *wrongful actions* como um questionamento ao direito à vida, o que, preliminarmente, não caberia no ordenamento jurídico, pois admitir-se-ia que pleiteassem indenizações sobre o seu nascimento. Portanto, este instituto admite os pleitos cuja finalidade é requerer reparações sobre a vida com deficiência, maculada de erros, não somente a vida.

Serão abordados estes novos institutos de responsabilidade civil e as contemporâneas tipologias de dano acerca do nascimento indevido; assim como será feita análise do desenvolvimento histórico dos institutos *Wrongful Life*, *Wrongful Birth* e *Wrongful Conception*, e a demonstração das causas que dão fundamento a estas ações, determinando como serão julgados e quantificados os danos.

Nunca na história soube-se tanto sobre medicina e nunca se avançou tanto no conhecimento jurídico. Estas demandas foram surgindo isoladamente em alguns tribunais pelo mundo, e, com a evolução do Direito foram tomando formas diferentes de decisão. Hoje, o direito à saúde, à vida e à dignidade da pessoa humana são os alicerces fundamentais da sociedade; portanto, o presente trabalho visa esclarecer se as *Wrongful Actions* estão tutelando acertadamente tais direitos.

1 BIOÉTICA E BIODIREITO

O avanço da medicina em diagnósticos pré-natais, intervenções cirúrgicas e medicamentosas, exames genéticos e diversos outros tratamentos é apenas uma pequena parte de toda a evolução da prática médica. Isto, como já determinado, fez o Direito acompanhar este avanço e fez-se necessário o surgimento de uma nova disciplina, o biodireito.

O biodireito é um ramo do Direito, associado a bioética, que estuda as relações entre os avanços tecnológicos conectados à medicina e à biotecnologia, com especificidades relacionadas ao ser humano em si e à dignidade da pessoa humana (LEDO, 2017).

Para Diniz (2017, p. 32), biodireito é o estudo jurídico que, tomando por fontes imediatas a bioética e a biogenética, teria a vida por objeto principal, salientando que a verdade científica não poderá sobrepor-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar, sem limites jurídicos, os destinos da humanidade.

Este avanço da medicina e conseqüente entrecruzamento da ética com as ciências da vida provocou uma mudança necessária na forma tradicional de ação dos profissionais da medicina, trazendo um novo cenário à ética médica e originando um novo ramo de conhecimento, a bioética (DINIZ, 2017, p. 29).

Na obra de Soares e Piñeiro (2006, p. 13-17) é abordado a origem do termo bioética, quando o oncologista Van Rensselaer Potter, publicou em 1971, nos Estados Unidos, a obra: *Bioethics: Bridge to the Future*, em português: Bioética: Ponte para o Futuro. A intenção era desenvolver uma ética das relações vitais, ou seja, dos seres humanos entre si e entre o ecossistema, a fim de buscar uma saída para o progressivo desequilíbrio criado pelo homem na natureza. Para tanto, o homem é sujeito ativo e passivo da evolução biológica, cultural e fisiológica e é no avanço da biologia e na adaptação cultural e ética, que o homem encontra possibilidades novas para sobreviver.

Para Azevedo e Ligiera (2012, p. 24-28), bioética é um ramo da filosofia que enfoca as questões inerentes à vida humana, sendo seu objeto, e tratando também a morte, e destaca:

A bioética está produzindo uma expansão na consciência histórica e uma explicitação dos princípios morais e dos valores fundamentais, considere-se o valor da vida, que se estendeu da vida humana pessoal a animal, vegetal, cósmica, até o respeito dos objetos e dos bens culturais, tornando a ética cada vez mais biocêntrica, em sintonia também com a nova visão da natureza, não mais reduzida a *res extensa*, mas entendida como um processo dinâmico e criativo, do qual o homem é sujeito e objeto ao mesmo tempo.

Ferreira (1999, p. 48-52), determina a bioética como a ética das biociências e biotecnologias que visa preservar a dignidade, princípios e valores morais das condutas humanas, os meios e fins defensivos e protetivos da vida, em suas várias formas, notadamente, a vida humana e do planeta que tem como objeto regular as atividades e relações desenvolvidas pelas biociências e biotecnologias, com a

finalidade de manter a integridade e a dignidade humana frente ao progresso, benéfico ou não, das conquistas científicas em favor da vida.

O estudo da bioética é dividido em dois grupos, a microbioética e a macrobioética. A microbioética contempla as relações entre médico e paciente, instituições de saúde e pacientes, e instituições de saúde e profissionais, ou seja, as questões ético-jurídicas entre os particulares, enquanto que a macrobioética contempla as questões ecológicas e de preservação do meio ambiente sadio e equilibrado.

Desta forma, é possível que a ciência avance, mas dentro dos limites impostos pelo Direito e pela ética.

Tais limites podem ser facilmente traçados quando respeitados os princípios básicos da própria ciência médica. São eles, autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça (MORAES; PEIXOTO, 2008, p. 39).

Determina o princípio da autonomia como a capacidade de autogoverno e de autodeterminação do paciente, ou seja, este, após ser devidamente informado pelo médico, pode dispor sobre o domínio de sua própria vida e saúde, optando por quais tratamentos está disposto a se submeter. O profissional da medicina deve sempre respeitar o desejo do paciente acima de tudo, seus valores religiosos e costumes.

O princípio da beneficência é a base da deontologia profissional da profissão médica, da ética específica dos profissionais de saúde, consistindo, basicamente, no fato de, que ao atuar, o profissional ou pesquisador da área de saúde e biotecnologia deve sempre buscar o bem do paciente, o bem da pessoa humana, que é objeto de seus cuidados (Moraes; Peixoto, 2008, p. 45). Este princípio está presente no juramento de Hipócrates, juntamente com o da não-maleficência, que pode ser conceituado de forma óbvia: não causar danos ou não ferir. Ainda, para Ferreira (p. 53), resume-se no dever ético de não fazer mal, sendo obrigação, orientada no sentido de maximizar benefícios e minimizar danos e prejuízos.

Para Diniz (2017, p. 40-41), o princípio da justiça requer a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, no que atina à prática médica pelos profissionais da medicina, pois os iguais devem ser tratados igualmente. Este princípio, exige relação equânime nos benefícios, riscos e encargos proporcionados pelos serviços de saúde ao paciente, ou seja, a cada pessoa, os riscos e benefícios, devem ser distribuídos de forma igual, conforme suas necessidades, de acordo com seu esforço

individual, com base em sua contribuição à sociedade e de conformidade com seu mérito.

A principiologia básica do biodireito deriva dos princípios fundamentais, tal qual o direito à vida, que condiciona os demais direitos da personalidade devido a sua essencialidade ao ser humano. O art. 5º, *caput*, da CF, assegura a inviolabilidade do direito à vida, sendo esta, bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção. A vida humana é amparada desde a concepção até o óbito. Tendo isto estabelecido, pode-se assegurar que não há possibilidade jurídica de um ato que dê fim à vida, mesmo com a anuência do seu titular, pois assim daria possibilidade de legitimar o suicídio. Da mesma forma, nunca poderia ser admitida uma conduta que coloque em risco à vida; desta forma, não poderia se falar em aborto, pena de morte, eugenia negativa, tratamentos degradantes, experiências científicas e tantos outros temas; portanto, deve-se seguir ampliando a ciência jurídica, sempre observando os princípios constitucionais (DINIZ, 2017, p. 50).

Outro princípio fundamental para este estudo é o da dignidade da pessoa humana, pois este, basicamente garante que cada cidadão tenha seus direitos respeitados pelo Estado. Para Sarlet (2007, p. 66), a dignidade da pessoa humana, é conceituada da seguinte forma:

[...] temos por dignidade da pessoa humana, a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida, em comunhão com os demais seres humanos.

Parafraseando a conceituação de Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana dá ao ser humano direitos fundamentais frente ao Estado e dos demais membros da comunidade, dentre estes direitos: a vida, igualdade, honra, liberdade, e tantos outros.

Vale ressaltar que a CF, em seu art. 1º, III, traz a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, o que, resumidamente, importa que este princípio deve ser observado e respeitado em todas as suas aplicações, ainda, a dignidade é o resultado de uma formação-desenvolvimento de identidade da pessoa humana, sendo

esta e a autonomia pessoal são imprescindíveis (AZEVEDO, LIGIERA, 2012 – p. 23-24).

2 NOÇÕES GERAIS SOBRE AS WRONGFUL ACTIONS

A constante evolução da arte médica implica em grandes questionamentos sobre as formas mais corretas de tutelar juridicamente novos acontecimentos e descobertas, ampliando ainda mais a ciência jurídica, principalmente no ramo do Direito Civil.

As *wrongful actions* são institutos jurídicos em fase de formação nos tribunais e na doutrina, pois, em se tratando de Direito, é uma discussão relativamente nova, tendo em vista que a primeira vez que o termo foi citado em um tribunal no planeta foi em 1963. Preliminarmente, as *wrongful actions*, podem ser conceituadas como ações de reparação civil na esfera da medicina reprodutiva e aconselhamento genético, contendo três espécies, a *wrongful life, conception e birth*.

Algumas questões conceituais são necessárias a fim de firmar um conhecimento e posicionamento sobre a matéria, o principal deles é a vida. Segundo o dicionário Aurélio, a vida é conceituada da seguinte forma: o espaço de tempo que vai do nascimento à morte; existência. A definição do dicionário é bem simples e não deixa margens para interpretação.

Existem diversas teorias a respeito do início da vida. Souza (2015, p. 2-9), aborda em seu trabalho, as teorias: concepcionista, da nidação e encefálica.

A teoria concepcionista, se baseia no fato da vida humana ter origem na fecundação do óvulo pelo espermatozoide, momento chamado de concepção. Esta teoria, não admitiria pesquisas com embriões, pois isto implicaria em crime, ou seja, aborto, pois haveria destruição do embrião, que para a teoria já é considerado um ser humano. Souza (2015, p.4), saliente que essa teoria é defendida pela Igreja Católica é a adotada pelo nosso ordenamento jurídico e justifica essa afirmativa no artigo 2º do Código Civil: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro”.

A teoria da nidação, defende que a vida se inicia quando o óvulo fecundado fixa-se no útero materno. Costa e Giolo Jr. (2015, p. 305), ressaltam, que para os defensores desta teoria, somente seria possível reconhecer a vida de um embrião, depois que fosse superada essa etapa de seu desenvolvimento. Após a fixação do

produto fecundado que se inicia o processo de multiplicação celular que dá início a formação dos órgãos.

Outra teoria é a encefálica, ou teoria do desenvolvimento do sistema nervoso central. Essa teoria defende que, para a existência de vida humana somente seria possível com a formação do cérebro. Se a característica suprema dos humanos é a capacidade de raciocínio e essa se dá pela evolução do cérebro, conclui-se que a vida só pode se iniciar quando se inicia as primeiras ligações nervosas, assim, para essa teoria, o que define a vida humana é o cérebro, e que antes dele, ela seria impossível (COSTA; GIOLO JR., 2015, p. 308-309).

No que se refere à bioética, conclui-se que a teoria sobre o início da vida adotada é a encefálica. Costa e Giolo Jr. (2015, p. 323) explicam:

[...] antes de adquirir esta capacidade de desenvolver seu cérebro não é possível reconhecer vida humana em um corpo humano. Antes disso, este corpo é dotado de tão somente vida biológica. Não é possível que haja vida humana sem que se tenha um corpo humano, pois este é o receptáculo da vida. Porém, apenas o corpo também não indica que ali há vida humana.

Para defender a tese de que a vida se inicia com o desenvolvimento do sistema nervoso central, partiu-se da premissa de que há diferença entre a vida humana e a vida biológica em um corpo humano, e do conceito legal trazido para o seu oposto, a morte.

[...] Portanto, a vida humana se inicia com o desenvolvimento do sistema nervoso central, e com o início de suas funções, e termina com a paralisação das mesmas funções deste sistema.

Para Diniz (2018, p. 46), o direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade. Com base nessa premissa e na ideia de que as *wrongful actions* têm justificativa em algum erro quanto à vida, diversos direitos são violados. Assim sendo, esclarece:

[...] A Constituição Federal de 1988, no art. 5º, caput, assegura inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integralidade existencial, conseqüentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa.

O Código Civil (CC), no art. 2º, determina que os direitos da personalidade devem ser resguardados também ao nascituro. Assim demonstra Diniz (2018, p. 150):

O embrião ou o nascituro tem resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque, a partir dela, passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da de sua mãe. Se as normas o protegem é porque têm personalidade jurídica. Na vida intrauterina, ou mesmo *in vitro*, tem *personalidade jurídica formal*, relativamente aos direitos da personalidade, consagrados constitucionalmente, adquirindo personalidade jurídica material apenas se nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais e dos obrigacionais, que se encontravam em estado potencial, e do direito às indenizações por dano moral e patrimonial por ele sofrido [...].

Portanto, biológica e juridicamente, durante a gestação, tudo acontece rapidamente, desde a transformação celular e desenvolvimento de órgãos vitais até a aquisição de direitos da personalidade, patrimoniais e até obrigacionais.

3 ESPÉCIES DE *WRONGFUL ACTIONS*

As *Wrongful Actions*, são, ações de responsabilidade civil no âmbito da medicina reprodutiva, originadas de aconselhamento genético defeituoso e possuem três espécies: *wrongful life*, *wrongful birth* e *wrongful conception*. São ações de responsabilidade médica, e se inserem no bojo do diagnóstico pré-implantação, e do diagnóstico genético pré-natal, e por último, constituem ações de responsabilidade civil e são caracterizadas pelo dano que nela é invocado (Silva, 2015, p. 124).

O *wrongful conception* ou concepção indevida verifica-se nos casos em que os genitores utilizavam métodos contraceptivos e, por falha médica, acabaram com uma gestação indesejada.

O pedido de responsabilização civil recai diretamente sobre o profissional da área médica, que por imperícia, negligência ou erro contribuiu para o nascimento de uma criança, mesmo que saudável. O problema em questão, nesta situação, é que os genitores não desejavam uma criança e foram em busca de um profissional a fim de evitar a eventual gestação, porém, o método contraceptivo é falho. Os danos pedidos, derivados deste erro, envolvem as despesas médicas com a gestação e nascimento, educação da criança e danos morais. Silva (2017, p. 19), em seu artigo Vida Indevida e Direito a não existência, conceitua a *wrongful birth* quando a concepção é desejada, mas, no nascimento, torna-se indesejada a criança por ser portadora de deficiências ou malformações graves.

Em grande parte do mundo, o aborto já deixou de ser uma prática ilícita. Na Rússia, o aborto é permitido desde 1920, passando por uma fase de criminalização em 1936, mas sendo novamente legalizado em 1955; na França, é permitido desde 1975 e pode ser realizado em até 12 semanas de gestação; no Uruguai é permitido desde 2012, e também pode ser realizado em até 12 semanas de gestação, exceto nos casos de gravidez resultante de estupro, em que o prazo máximo é de 14 semanas; na Cidade do México é permitido desde 2008, mas no restante do Estado, o aborto é proibido de forma universal; na Polônia, o aborto é permitido desde 1932, permitindo apenas nos casos de estupro, incesto e risco de morte da mãe; na Islândia, desde 1935, até a 16ª semana; Espanha, desde 1936, até a 12ª semana; na Suécia, desde 1938, até a 22ª semana; no Japão, desde 1948, até a 12ª semana; e em mais diversos países, como Noruega, Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, Austrália, Índia, França e Alemanha.

No Brasil, constitui-se crime doloso contra a vida, com exceção dos abortos necessários e humanitários e, de acordo com recente decisão do Supremo Tribunal Federal, a ADPF nº 54, entra na lista de exceções os abortos de fetos anencefálicos:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, [...] julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia [...].

As *wrongful births*, são arguidas pelos progenitores ou pela própria criança, representada pelos pais, pedindo indenização por danos morais ou financeiros no que tange ao cuidado médico e ao desgaste emocional da gestação e criação.

Na *wrongful life*, a criança nasce com malformações ou deficiências e pretende reagir contra quem possibilitou o seu nascimento, mesmo que não tenha provocado diretamente a malformação (RAPOSO, 2010, p. 12). Estas ações têm como sujeito ativo da pretensão a própria criança, em muito dos casos, representada pelos pais. Os sujeitos ativos reclamam, em autos processuais, a negligência médica que permite o nascimento, visto que, se informados da situação de saúde do feto, teriam optado pela interrupção da gestação, ou procurado soluções médicas alternativas.

As espécies *wrongful life* ou vida indevida e *wrongful birth* ou nascimento indevido crescem cada vez mais devido ao grande avanço da medicina, mais

especificamente a medicina genética, obstétrica e materno-fetal. Silva (2011, p. 3) explica:

As espécies de wrongful birth e wrongful life ganharam inegável destaque com o aperfeiçoamento dos testes genéticos e a consequente possibilidade de os pais terem conhecimento das possíveis deficiências físicas e psicológicas de seus futuros filhos. Esse novo conhecimento científico, aliado a métodos abortivos, permitiu o surgimento de estratégias procriativas tuteladas pelo ordenamento jurídico e cujo eventual desrespeito perpetrado pelos médicos pode, segundo a opinião de muitos juristas, gerar o dever de indenizar. A ação de wrongful life ganha contornos ainda menos habituais, pois permite que a própria criança deficiente seja a autora da ação de indenização.

Estas ações discutem vida, qualidade de vida, dignidade da pessoa humana, direito à saúde, negligência, erro médico, dentre os mais variados assuntos, e estes precisam ser discutidos minuciosamente, a fim de afirmarmos o dever de indenizar.

2.1 Wrongful life ou vida indevida

A primeira vez que se falou em uma wrongful action foi no caso Zepeda vs. zepeda, no Tribunal de Illinois, em 1963, nos Estados Unidos da América.

Joseph Dennis Zepeda é filho ilegítimo de Louis Raul Zepeda, tendo em vista que foi concebido fora do casamento, mediante relações sexuais induzidas por falsas promessas de casamento. Naquela época, ser concebido fora do casamento era visto com maus olhos perante a sociedade e perante o direito, visto que não teria direito ao reconhecimento de filiação, não teria direito à herança paterna e, sendo “bastardo”, as dificuldades iam de conseguir um emprego a constituir sua própria família.

Joseph Zepeda, no Tribunal do Condado de Cook em Illinois (EUA), no ano de 1963, alegou vida indevida por tais motivos e pretendendo ser reparado por isso; porém, o tribunal negou sua pretensão (SILVA, 2017, p. 915).

O caso, Gleitman vs. Cosgrove de 1967, cumulou as ações de vida indevida e nascimento indevido, na Suprema Corte de New Jersey caso era de uma criança afetada por várias malformações produzidas como resultado de sua mãe ter contraído rubéola durante a gravidez; doença sobre a qual se havia informado a grávida que não teria efeito algum sobre o feto. A Suprema Corte de New Jersey julgou improcedente a ação por razões de ordem pública e incapacidade de identificar a

existência de dano face à preciosidade da vida. O médico alegou que o bebê não corria risco de nascer deficiente; porém quando nasceu, a criança apresentava sérias deficiências físicas e mentais (PINTO, 2014, p. 362).

No caso *Jacobs vs. Theimer*, no Tribunal Supremo do Texas, em 1975, a posição jurisprudencial inverteu-se, e foi admitida a indenização com base no nascimento de uma criança com defeitos congênitos, porque a mãe contraiu rubéola no primeiro mês de gravidez e o médico tal não diagnosticou corretamente (PINTO, 2014. p. 363)

Em 1977, o caso *Park vs. Chessin*, no Tribunal de Nova Iorque, fez um certo avanço ao desenvolvimento do instituto, abrindo o precedente de viabilização destas pretensões nos tribunais norte-americanos. A criança tinha uma patologia renal policística e processou o médico por informar, de maneira insuficiente, sobre o diagnóstico que acometia a criança. A reparação não era acerca do nascimento em si, mas pelo sofrimento de sua vida, que foi, obviamente, causado por negligência médica (SILVA, 2017, p. 915).

Outro caso trazido por Silva (2017 p. 916) é *Becker vs. Schwartz*, de 1977, proposto em Nova Iorque que usou como justificativa para a negativa desta ação, sobre a questão de saber se seria melhor nunca ter nascido do que ter nascido com grandes deficiências sendo um mistério que deve ser deixado para filósofos e teólogos, e que o direito não tem competência para decidir sobre tal questão.

Em 1982, o caso *Turpin vs Sortini*, da Suprema Corte da Califórnia, apresenta a questão: se uma criança nascida com uma aflição hereditária pode manter uma ação do delito contra um médico que antes da concepção da criança, negligentemente, não aconselhara os pais acerca da possibilidade da condição hereditária, privando-os da oportunidade de optar por não a conceber. O tribunal julgou procedentes apenas os pedidos das despesas extraordinárias de aprendizagem e tratamentos pela doença acometida, e negou o pedido de indenização por ter nascido deficiente.

Holanda, (2012), traz em seu trabalho, o Caso *Perruche*, julgado em 17 de novembro de 2000, pela Corte de Cassação Francesa que julgou procedente a pretensão indenizatória de Nicolas Perruche contra o médico e o laboratório que falharam no diagnóstico de rubéola de sua genitora, fato que a impediu de exercer o aborto:

A criança nasceu com quase todos os sintomas da chamada síndrome de Gregg: graves distúrbios neurológicos, surdez bilateral, retinopatia e doenças do coração, requerendo, com isso, uma assistência permanente de uma terceira pessoa. Esta decisão favorável levantou, na França, diversos debates, o que ocasionou, posteriormente, a edição de uma lei proibindo indenizações aos casos desse jaez. Esta lei é conhecida como Lei Anti-Perruche.

O Caso Perruche é uma das ações mais famosas envolvendo direito à existência. Os pais pediram, em nome próprio, e representando Nicolas, indenização contra o médico e o laboratório que permitiram o seu nascimento, e a *Cour de Cassation* francesa admitiu a ação e a julgou procedente. Esta decisão causou reboiço no direito em todo o mundo, sendo a primeira a admitir reparação pelo nascimento com deficiência (SILVA, 2011, p. 925).

Contudo, é um assunto relativamente delicado, e essa decisão foi amplamente criticada por juristas, médicos e ativistas. Uma reportagem da *homepage* da BBC Brasil, da época, com o subtítulo “Reação furiosa”, retrata o posicionamento acerca da decisão. Os médicos defendem que “*Existe um risco real de dar início a um processo que vai terminar com a busca da criança perfeita*”, e que o menor sinal de deficiência fará com que seja recomendado o aborto. Foi criada uma organização, após esse caso, para proteção dos direitos dos deficientes, que declarou se tratar de um ato de fobia, e, em consenso, descreveu-se a decisão da justiça como um *incitamento à eugenia* (LESSA, 2001 p. 11).

2.2 Wrongful birth ou nascimento indevido

Como já dito, a *wrongful birth*, fundamenta-se na perda da oportunidade de realização de um aborto. O pedido realizado é de indenização pelos danos morais e patrimoniais decorrentes do nascimento de uma criança deficiente. *Wrongful birth*, ou nascimento indevido, tem essa nomenclatura porque a genitora deu à luz, sem que ela quisesse, a uma criança com alguma deficiência, que se tivesse conhecimento, teria realizado o aborto (HOLANDA, 2011, p. 4).

Nas palavras de Pereira (2013, p. 17):

São casos em que ocorre o nascimento de uma criança com alguma deficiência por negligência médica, seja nos testes genéticos ou no dever de informar a possibilidade do nascimento com esse defeito, os

quais poderiam ter sido evitados através do aborto ou evitando uma gravidez.

O primeiro caso de *wrongful birth*, foi *Gleitman vs. Cosgrove*, de 1967, também citado como uma *wrongful life*, pois cumulado pedidos de reparação. A Suprema Corte de New Jersey também julgou improcedente este pedido, alegando que a criança não tinha nenhum dano reconhecido pela legislação e era incabível a indenização pela complexidade de se aferir os danos e pela impossibilidade de valorar a vida e a existência (PEREIRA, 2013, p. 27).

Em 1977, o caso *Becker vs. Swartz*, julgado pela Corte de Apelação de Nova Iorque, foi o primeiro caso julgado procedente. A gestante não foi aconselhada devidamente sobre os procedimentos que deveria realizar e a criança nasceu com sérias deficiências (Silva, 2011).

Outro caso a ter em tela uma *wrongful birth* foi em 1980, na Suprema Corte da Califórnia, conhecido como *Curlender v. Bio-Science Laboratories*. Resumidamente, os genitores fizeram exames, junto ao laboratório, buscando saber se eram portadores da doença de *tay-sachs*. Após exames, o laboratório determinou resultado negativo para a doença genética; porém, a criança era portadora da patologia. Nesta ação, havia dois pedidos, um em que os pais pediam reparação pelo nascimento do filho doente, e outro em que a criança pedia indenização pelo sofrimento e dor que lhe foram acometidos em sua vida. O tribunal rejeitou a pretensão dos pais e manifestou-se a favor da criança (SILVA, 2011, p.3).

A decisão do tribunal de 2ª instância holandês no célebre caso *Kelly Molenaar* declarou a ação procedente, concedendo danos morais à mãe, pela violação do princípio da autonomia, e indenização aos pais quanto as despesas com a criança até os 21 anos. O tribunal entendeu que não devia qualificar o nascimento de uma criança deficiente ou a sua vida como dano, não concedendo danos morais a criança.

Na Alemanha, em 1983, o Tribunal Federal de Justiça teve, em sede de julgamento, um caso parecido com *Perruche*. O médico não diagnosticou que a mãe padecia de rubéola, e esta não teve a oportunidade de interromper a gestação. A criança nasceu com várias deficiências por causa da rubéola das qual a mãe era portadora. O tribunal rejeitou a pretensão da criança e concedeu apenas aos pais. (HOLANDA, 2012).

Em caso mais recente, em 2012, no Tribunal do Condado de Multnomah em Portland, Oregon. Ariel e Deborah Levy pleitearam indenização em face de Oregon's Legacy Health Hospital, por negligência em seu desempenho, análise e relatório nos testes de pré-natal que detectariam alguma anomalia no feto, pois a criança nascera com Síndrome de Down. Afirmam que, se fosse diagnosticado, iriam realizar o aborto. A decisão foi favorável a indenização que chegou a um *quantum* de 2,9 milhões de dólares.

2.3 *Wrongful conception* ou concepção indevida

A *wrongful conception*, traduzido para o português como, concepção indevida, como já salientado anteriormente, ocorre nos casos em que os genitores optaram por usar métodos contraceptivos e, por negligência ou imperícia médica, acabam gerando uma criança indesejada, mesmo que saudável. Holanda (2012, p. 15) define *wrongful conception*, da seguinte forma:

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

Raposo (2010, p. 66), ainda delimita os casos de *wrongful conception*, da seguinte forma:

[...] o dano consiste na concepção de uma criança em situações nas quais era supostamente garantido tal não acontecer, em virtude de uma interrupção da gravidez mal sucedida, defeitos do método anticoncepcional, uma esterilização mal efetuada, em suma, os casos em que se viola o que por vezes se chama de “direito dos pais ao planeamento familiar” ou direito à não reprodução.

O caso *Christensen v. Thornby*, julgado pela Suprema Corte de Minnesota, em 1934, era sobre um casal que pleiteava reparação pelos custos da segunda gravidez; porém, o cônjuge varão tinha realizado um procedimento de vasectomia, que se mostrou falho, retrata Silva (2011, p. 2). A gravidez representava risco à genitora, e a recomendação médica foi a realização do procedimento. Porém, neste caso, o bem a

ser protegido era a vida da esposa, e como a gravidez veio a chegar a termo, sem demais problemas, a ação mostrou-se sem eficácia.

Em 1956, o caso *Shaheen vs. Knight*, da Suprema Corte da Pennsylvania, considerou improcedente o pedido, mas com um fundamento diferente: o do “evento abençoado” (SILVA, 2017, p. 918).

O caso *Custodio v. Bauer*, da Corte de Apelação da Califórnia, em 1967, foi a quebra do paradigma das decisões, que, antes, eram somente negativas. A decisão foi que a falha na esterilização do autor gerava dever de indenizar os danos referentes a gestação e cuidados médicos derivados da gestação (SILVA, 2011, p. 3).

No ano de 1980, na Alemanha, o Tribunal Federal, ao julgar uma *wrongful conception*, condenou um médico por uma vasectomia mal realizada e na Espanha, tem-se ressarcido os danos derivados de esterilizações falhadas, mas não se indeniza pela gestação (RAPOSO, 2010, p. 69).

Posteriormente, em 1973, foi julgado o paradigmático caso *Roe v. Wade*. O referido caso, não trata de uma ação por concepção indevida, mas serve como embasamento para o assunto. Resumidamente, foi um caso, de Norma McCorvey, conhecida como Jane Roe, contra o estado do Texas, que acabou na Suprema Corte dos Estados Unidos. A Suprema Corte realizou várias audiências, utilizaram como *amicus curiae* diversos procuradores e grupos da sociedade, chamados *Pro-Life* e *Pro-Choice*, por fim, acabou consagrando a constitucionalidade do aborto e reafirmando a autodeterminação feminina, permitindo que a mulher decida sobre o que fazer com a gravidez (XAVIER, LUCCHESI, 2018).

Para Moraes, o caso *Roe v. Wade*, que acabou influenciando todo o mundo serve de fundamento para todos os tipos de reparação de dano tratadas neste artigo, e destaca:

Sua importância destacada está no fato de ter explicitamente negado o argumento de que o nascimento de uma criança é, em qualquer circunstância, um “evento abençoado”. Destarte, as razões da decisão possuem argumentos que ressaltam que a maternidade ou a prole adicional pode impor uma vida estressante à mãe, pois a criação de uma criança pode ser causa de verdadeiro perigo para a sua saúde física e mental.

Portanto, nestas ações, os requerentes têm como argumento que sem o ato danoso cometido pelo médico, a gestação nem existiria, já que o procurado era exatamente a não concepção (DUARTE, 2017, p. 14).

Em 1982, o caso *Kingsbury vs. Smith*, julgado pela Suprema Corte de New Hampshire, tinha em tela uma mãe de três filhos que se submeteu a uma laqueadura tubária, mas acabou tornando-se mãe novamente, de uma criança saudável. A ação foi julgada procedente, indenizando apenas os custos com hospital e médicos com a gravidez, a laqueadura malsucedida e os danos morais e rendimentos perdidos (PEREIRA, 2013, p. 21)

O caso *Martiniak vs. Lundborg*, de 1990, julgado pela Suprema Corte de Wisconsin, representou uma nova quebra de paradigma, pois, da mesma forma do caso anterior, tinha em tela, uma mãe de dois filhos, que realizou um procedimento de laqueadura tubária, que mostrou-se ineficaz, levando a uma nova gestação. A corte decidiu que houve negligência e não só indenizou com os gastos da gravidez, mas também os custos com a educação até a maior idade (PEREIRA, 2013, p-24).

2.4 Wrongful actions no Brasil

No Brasil, a doutrina e a jurisprudência ainda não estão plenamente desenvolvidas, nem possuem normativos a respeito e, tampouco, uma linha de decisões pacificada.

Um dos primeiros casos foi denominado “caso Microvlar”, conhecido popularmente como “pílulas de farinha”. Em 1998, os autores pleitearam as indenizações em face da empresa Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda., pois consumiram a pílula anticoncepcional e esta não foi eficaz. A principal ação resultada desta situação foi a ação civil pública ajuizada pelo Estado de São Paulo e pelo Procon-SP, que, em primeiro e segundo grau de jurisdição, concederam a disponibilização de equipe médica a todos os lesados, sem custos; publicação nos meios de comunicação do fato ocorrido e o pagamento de indenização no valor de R\$ 1.000.000,000 (um milhão de reais) ao fundo de reparação de interesses difusos (BARBOSA, 2017, p. 54).

Rafael Peteffi da Silva traz alguns pareceres de decisões brasileiras. Estas decisões, muitas vezes divergentes, seguem um posicionamento defensor do “evento abençoado”, tal qual cita a sentença do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

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

O casal de agricultores, ainda que com eventuais dificuldades, vivendo em pequena comunidade do interior do Estado, onde os parâmetros e as exigências são diferentes e menores do que na chamada "urbe", por certo estará tendo condições de bem prover o sustento da criança. Em sentido contrário não há prova nos autos.

Ademais, não se pode admitir, em caso como o dos autos, que venha a se impor ao médico que obrou com culpa, mas sem dolo, o dever de pensionar os pais e/ou uma criança saudável.

Em contraposto, cita o voto da Ministra (STJ), Nancy Andrighi, decidindo favoravelmente aos requerentes:

De forma muito breve, deve-se anotar, apenas a bem da verdade, que o produto por ela fabricado é um anticoncepcional, cuja única utilidade é a de evitar uma gravidez; portanto, a mulher que toma tal medicamento tem a intenção de utilizá-lo como meio a possibilitar sua escolha quanto ao momento de ter filhos. Nesse contexto, a falha do remédio frustra a opção da mulher, e nisso reside a necessidade de compensação pelos danos morais. O argumento da Schering, da forma irrestrita como está exposto, leva ao paradoxo de se ter uma empresa produtora de anticoncepcionais defendendo que seu produto não deveria ser consumido, pois a maternidade, ainda que indesejada, é associada à ideia de felicidade feminina.

Com a observância dos votos dos relatores acima, nota-se a diferença na formação da decisão. A decisão que segue o posicionamento do "evento abençoado" e a que decide a favor do pedido têm, basicamente, a mesma causa de pedir; porém, os posicionamentos divergem devido a real omissão legislativa sobre o assunto.

No que se refere ao aborto, o Brasil ainda criminaliza a conduta, com exceção das hipóteses do aborto necessário e do aborto no caso de gravidez resultante de estupro, previstos no art. 128, I e II do CP, e do aborto de feto anencefálico, pela decisão da ADPF n. 54. Como se pode ver, o aborto no Brasil é uma questão muito limitada se comparado com os Estados Unidos, por exemplo, que, desde 1973 com o julgamento do caso Roe X Wade, mundialmente conhecido, reconheceram a possibilidade de interromper a gestação durante o primeiro trimestre.

A parte final da ADPF n. 54 traz o posicionamento do STF quanto ao aborto do feto anencefálico:

Os tempos atuais, realço, requerem empatia, aceitação, humanidade e solidariedade para com essas mulheres. Pelo que ouvimos ou lemos nos depoimentos prestados na audiência pública, somente aquela que vive tamanha situação de angústia é capaz de mensurar o sofrimento a que se submete. Atuar com sapiência e justiça, calcados na Constituição da República e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, obriga-nos a garantir, sim, o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em eventual ação por crime de aborto. Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro.

A decisão do STF mostrou-se quase semelhante à decisão norte-americana do caso *Roe versus Wade*, que afasta o paradigma religioso e moral, e garante à mulher o direito à escolha de querer ou não prosseguir com a gestação; mas, no caso brasileiro, limita-se apenas às gestações dos fetos anencefálicos; sendo, portanto, o julgamento desta ADPF o primeiro passo para ampliação do tema.

Pereira (2013, p.64), traz um caso de sobre erro médico em um procedimento de laqueadura tubária, julgado pelo Tribunal de São Paulo, em 2013:

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

Esses casos somente tem o reconhecimento de reparação civil é fundada no dever de informar do profissional, quando estes profissionais não avisam

corretamente o paciente sobre a impossibilidade de reverter o procedimento (PEREIRA, 2013, p. 65).

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL

A vida é um direito reservado aos seres humanos desde a concepção, e, cada vez mais, possui mais matérias de direito a serem estudadas sobre esta questão. Primeiramente, é necessário abordar a conduta médica em si, a fim de se identificar a presença de erro médico, má prática, acidente, entre outros.

A responsabilização profissional do médico dar-se-á através de imperícia, imprudência ou negligência (Código de Ética Médica, Capítulo III, Art. 1º). Para Diniz (2017, p. 38), a imperícia é o despreparo técnico ou intelectual, e ocorrerá se o médico fizer mal o que deveria ser bem feito; praticar ato sem saber o que deveria ter conhecimento em razão de seu ofício; ou deixar de observar normas técnicas por despreparo prático. Desta forma, o profissional imperito é o que causa dano ao paciente por não dominar a técnica empregada.

A imprudência é caracterizada por um comportamento de irresponsabilidade e precipitação. Explica Diniz (2017, p. 42): a imprudência surge quando o médico, por ação ou omissão, vem a assumir procedimentos de risco para o paciente, sem respaldo científico, ou sem prestar esclarecimentos à parte interessada.

A negligência ocorre quando o médico deixa de fazer o que devia ter sido feito. Pode ser configurada negligência médica em diversas situações, como: abandono de paciente, deixando de atender quando precisa; omissão de tratamento; deixar de realizar cesariana para salvar o feto; extração desnecessária de ovários; omissão de informação sobre o quadro clínico do paciente ao médico substituto; ausência de exame pré-anestésico, dentre várias outras (DINIZ, 2017, p. 36).

Esta modalidade de responsabilização influi diretamente em aspectos que são mais do que relevantes, não desfavorecendo o dano patrimonial, mas a responsabilidade civil médica aborda situação como vida e morte, saúde e doença, sobrevivência, dignidade e cura. Há aspectos que devem ser avaliados, e como estamos falando de tratamento médico, esta avaliação variará de caso a caso. Maria Helena Diniz enumera uma forma didática de analisar o erro médico:

O erro médico poderá, didaticamente, ser classificado em: a) erro de tratamento; b) erro de diagnóstico e prognóstico; c) erro na dosagem de medicamentos; d) erro de procedimento cirúrgico ou uso de técnica e material inadequado. Em todas essas hipóteses, o médico deverá ter agido com imperícia, imprudência ou negligência, causando danos à saúde ou à vida de seu paciente, para que tenha a obrigação de indenizar.

Ainda, não basta que a vítima sofra dano, é preciso que esta lesão passe a existir a partir do ato do agressor, para que haja o dever de compensação. É necessária relação entre o ato omissivo ou comissivo do agente e o dano de tal forma que o ato do agente seja considerado como causa do dano.

No ordenamento brasileiro, a responsabilidade segue os pressupostos: ação ou omissão, culpa ou dolo, relação de causalidade e dano.

Para Gonçalves (2017, p. 53), ação ou omissão pode ser praticada por qualquer pessoa que possa causar dano a outrem. A culpa é identificada se há existência de negligência ou imprudência e o dolo pela ação ou omissão voluntária, e explica:

O dolo consiste na vontade de cometer uma violação de direito, e a culpa, na falta de diligência. Dolo, portanto, é a violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico.
[...] culpa: decorre da má escolha do representante, do preposto; *in vigilando*: decorre da ausência de fiscalização, *in comitendo*: decorre de uma ação, de um ato positivo, *in omittendo*: decorre de uma omissão, quando havia o dever de não se abster, *in custodiendo*: decorre da falta de cuidados na guarda de algum animal ou objeto.

A relação de causalidade é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado, e sem a identificação desta, não existe obrigação de indenizar, ainda, se houver o dano, mas não houver o nexo causal com a prática do agente, não há a relação de causalidade e não se fala em dever de indenizar (GONÇALVES, 2017, p. 54).

O dano, é outro pressuposto para a responsabilização civil, sem ele, não se fala em obrigação de indenizar, e pode ser material, quando lesionado o patrimônio de alguma forma, ou moral, quando há dano aos bens da personalidade, explica Chamone (2008, p. 1):

Dano é toda lesão a um bem juridicamente protegido, causando prejuízo de ordem patrimonial ou extrapatrimonial. Sem que tenha ocorrido dano a alguém, não há que se cogitar em responsabilidade civil. Ao contrário do que ocorre na esfera penal, aqui o dano sempre será elemento essencial na configuração da responsabilidade civil;

não há responsabilidade civil por ‘tentativa’, ainda que a conduta tenha sido dolosa.

Nas *wrongful actions*, a comprovação da existência dos pressupostos da responsabilidade civil, caberá ao lesado, aos genitores ou a criança, representada pelos genitores, pois são fatos constitutivos para a indenização (HOLANDA, 2012, p. 8).

As relações médico-paciente, devem ser pautadas por normas éticas, tais quais, os princípios bioéticos da autonomia do paciente, beneficência, não maleficência e justiça, normas jurídicas e princípios basilares que permeiam essas relações, principalmente no que se refere ao diagnóstico e conduta terapêutica. (Azevedo, Ligiera, 2012, p. 511-512).

Na ocorrência de pedidos de indenização contra médicos ou profissionais da área da saúde, nos procedimentos de esterilizações clínicas, nota-se a tendência dos tribunais de improceder os pedidos, fundamentados na não existência de culpa, considerando que o serviço médico resultaria de uma obrigação de meio e não de resultado (SILVA, 2011, p. 8).

As *wrongful actions*, como pode-se notar, são rejeitadas sob o fundamento do respeito e proteção à vida. Os casos em que são favoráveis as pretensões são baseadas no dever de informar do médico e, mesmo assim, foi declarado que os profissionais da saúde não tiveram culpa nas malformações das crianças.

No Brasil, estas ações encontram dificuldades na jurisprudência e no ordenamento jurídico, visto que existe a criminalização do aborto, e também, o fato de uma criança deficiente figurar no polo ativo desta ação sob o argumento de que não deveria ter nascido, e considerando isto como um direito, é de difícil compreensão pela nossa Lei; dificilmente o Direito poderia “colocar na balança” que um não nascimento seria preferível ao nascimento (BARBOSA, 2017, p. 64).

Simões (2010, p. 194) esclarece que um dos principais argumentos invocados contra as referidas ações é o de que a reparação de danos próprios da criança pressuporia reconhecer-lhe um direito a não nascer ou um direito a não existir, direitos que não encontram amparo legal em nenhum ordenamento.

Este posicionamento vê o evento danoso, literalmente pelo dano de ter nascido, colocando em questão que seria preferível a não existência ao invés da existência, mesmo que em circunstâncias difíceis. De acordo com essa linha de decisões, admitindo estas ações, seria pedido ao Direito que considerasse a morte preferível à

vida deficiente, que não seria viável, pois, como já relatado, o direito à vida é indisponível. Portanto, seria ilógico admitir que uma pessoa reclamasse sobre sua própria existência (SIMÕES, 2010, p. 195).

As *wrongful actions* seriam inadmissíveis, pois o princípio da dignidade humana não permite a degradação da vida. O titular da vida estaria impedido de reclamar uma indenização pelo dano da própria vida, uma vez que o direito à vida seria irrenunciável.

Esta irrenunciabilidade do direito à vida é absolutamente indisponível, não admitindo, portanto, discussões sobre a possibilidade de ele não existir. Alguns autores, embora rejeitando as ações por vida indevida, reconhecem a necessidade de indenização aos pais, embora seja a criança que sofra todas as consequências da atuação negligente ou dolosa do médico. Isto é possível com o alargamento da responsabilidade civil na execução dos contratos, reconhecendo uma indenização aos pais por violação do contrato e do dever de informar (SIMÕES, 2010, p. 198).

O dever de informar deriva do princípio da autonomia, cuja finalidade é munir o paciente de informações esclarecedoras para que ele próprio decida, de forma consciente sobre o seu tratamento médico. Nunca deve se afastar o direito do paciente de decidir, esclarecidamente sobre os tratamentos a que será submetido e o resultado esperado (Azevedo, Ligiera, 2012, p. 513-514).

Nas decisões favoráveis às ações precisaram afastar toda e qualquer concepção de natureza religiosa, moral, crença de qualquer tipo, e admitir apenas o ponto de vista técnico da atividade médica e critérios de responsabilidade civil. Muitos dos estudos sobre estas ações baralham argumentos de aceitação ou de rejeição que se inspiram apenas em determinadas posições acerca do valor supremo ou absoluto da vida. A resposta a dar a esta questão deve ser uma resposta técnica, deixando de lado, na medida do possível, as crenças próprias de cada um, limitando-se a analisar a ocorrência, nestes casos, dos pressupostos da responsabilidade civil (MORILLO, 2007, p. 21).

A configuração da responsabilidade civil médica exige uma conduta voluntária, um prejuízo injusto e nexo de causalidade entre os dois. A responsabilidade do médico é, em regra, subjetiva, isto é, necessita da prova da culpa em sentido estrito. O art. 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, CDC, determina que a responsabilidade médica será subjetiva, ou seja, deve ser comprovada a culpa, lembrando que devem ser demonstradas a negligência, imperícia ou imprudência, como visto anteriormente (NARDELLI, SÁ, 2016, p. 156).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As *wrongful actions*, são ações jurisdicionais que visam a responsabilização civil, dos profissionais da saúde, nos procedimentos de reprodução assistida, prescrições de medicamentos, diagnóstico, prognóstico e intervenções médicas. São iniciadas pelos genitores ou até mesmo pela própria criança, representada pelos pais.

São ações de reparação civil na esfera da medicina reprodutiva e aconselhamento genético, contendo três espécies, a *wrongful life*, *conception* e *birth*.

As *wrongful lifes*, ocorre quando a criança é acometida de malformações ou deficiências e figura no polo ativo da ação, tendo como causa de pedir a negligência médica que permitiu o nascimento, considerando que, se informados da situação de saúde do feto, ou ainda, por erro cirúrgico ou falta de informação, teriam optado pelo fim da gestação ou procurado soluções alternativas.

As *wrongful conceptions*, ocorrem quando os genitores, agora autores da ação, utilizavam métodos contraceptivos e por falha médica tem uma gestação indesejada, e as *wrongful births*, que possibilita que os genitores ou a criança figure no polo ativo da ação, que é quando a concepção é desejada, mas, no nascimento, torna-se indesejada, por ser portadora de deficiências ou malformações graves.

A responsabilização civil recai sobre o profissional da medicina, quando é determinada a culpa deste, que por imperícia, negligência ou erro contribuiu para o nascimento da criança, mesmo que saudável, como é no caso da concepção indevida.

As *wrongful actions*, em diversos casos, são rejeitadas, sob o fundamento do respeito e proteção à vida. Nos casos em que são favoráveis, as pretensões são baseadas no dever de informar do médico e, mesmo assim, foi declarado que os profissionais da saúde não tiveram culpa nas malformações das crianças.

A responsabilidade civil do médico é subjetiva, sendo necessária a prova de culpa, exigindo conduta voluntária, um prejuízo injusto e nexo de causalidade entre os dois. Conclui-se, portanto, que a responsabilização civil é cabível nestes tipos de ações, pois encontram base nas normas positivadas e nos princípios fundamentais do Direito.

As relações médico-paciente, devem ser reguladas pelas normas jurídicas e pelos princípios basilares que permeiam essas relações, no que se refere a

diagnóstico e conduta de tratamento realizada, permeando-se pelos princípios da autonomia, beneficência, não maleficência e justiça.

Percebe-se que as *wrongful actions*, são mais discutidas a nível internacional. O tema teve início dos Estados Unidos e no continente Europeu, e no Brasil os julgados procedentes apenas se baseiam na prova de culpa do profissional ou na comercialização de produtos ineficazes, visto que este tema é mais relevante em países que admitem o aborto voluntário.

A jurisprudência nos mostra que as *wrongful actions* negaram os pedidos até a década de 70, depois começaram um processo de admissão de ressarcimento dos custos com procedimentos mal realizados, informações dadas de formas incorretas ou simplesmente omitidas até os anos 90, e nos últimos 20 anos vem dando procedência aos pedidos de danos morais e indenizações por dor e sofrimento.

THE CIVIL RESPONSIBILITY IN WRONGFUL ACTIONS AND THE RIGHT TO NO EXISTENCE

ABSTRACT: The present work aims to analyze the wrongful actions, determining the concepts of their species: wrongful lives, wrongful conception and wrongful birth through the study of the interposed actions over time and reach a position about the line of decisions that is made by law professionals. The methodology of the work is in the structure of a scientific article, gathering information through jurisprudence, doctrinal and academic research. The hypothetical-deductive approach will be used, since the study will be carried out with information and hypothetical considerations in order to reach a conclusion. The issue is justified because these demands have emerged in some courts around the world, and with the evolution of the Law field have been taking different kinds of decisions. Today, the right to health, life and dignity of the human person are the foundations of society, so the present work aims to clarify if the Wrongful Actions are rightly guarding these rights.

Key words: Bioethics, Improper birth, Civil responsibility, Wrongful Actions.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Direitos do paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARBOSA. Fabio Hifumi Kusaba. **Wrongful life: o direito de não nascer ou a prevalência da vida nua**. São Paulo, 2017. Acesso: 14 jun. 2019.

BRASIL. Código Civil (2002). In: **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF: Senado, 1988.

CHAMONE, Marcelo Azevedo. O dano na responsabilidade civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1805, 10 jun. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11365>. Acesso em: 27 ago. 2019.

Código Civil (2002). In: **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2018.

COSTA, Raphael Mendonça; JÚNIOR, Cildo Giolo. Teorias jurídicas acerca do início da vida humana. **Revista jurídica Faculdade de Direito de Franca**, Franca, n.2, 2015. Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/291>. Acesso em: 01 set. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DUARTE, Sara Cristina Gomes. Wrongful birth, wrongful life conception: a admissibilidade das wrongful actions à luz da dogmática comum da responsabilidade civil. **Universidade Católica Portuguesa**, Lisboa, n. 36, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/23740/1/Sara%20Gomes%20Duarte%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Mestrado.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2019.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Bioética e biodireito. **Scientia Iuris**. Londrina, 1999. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11274/10040>. Acesso em: 26 ago.2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HOLANDA, Caroline Sátiro. Violação à liberdade reprodutiva: uma análise dos pressupostos da responsabilidade civil para os casos de wrongful birth e wrongful life. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, p. 1-31, 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Caroline_Holanda/publication/283490651_VIOLACAO_A_LIBERDADE_REPRODUTIVA_UMA_ANALISE_DOS_PRESSUPOSTOS_DA_RESPONSABILIDADE_CIVIL_PARA_OS_CASOS_DE_WRONGFUL_BIRTH_E_WRONGFUL_LIFE/links/563a5c8a08ae337ef29844b4.pdf. Acesso em: 26 ago. 2019.

LEDO, Rafaela. Biodireito. **JusBrasil**, Salvador, 2017. Disponível em: <https://rledo.jusbrasil.com.br/artigos/459380316/biodireito>. Acesso em 26 ago. 2019.

LESSA, Ivan. **Justiça francesa garante indenização a deficientes**. BBC Brasil. [S.l.].2001. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2001/010713_deficiente.shtml. Acesso em: 10 jun. 2019.

MORAES, Germana Oliveira; PEIXOTO, Francisco Davi Fernandes. O biodireito através do prisma do Princípio da dignidade da pessoa Humana e dos direitos fundamentais. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito-UFC**, Fortaleza, n. 1, 2008. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/11788/9869>. Acesso em: 14 set. 2018.

MORILLO, Andrea Macía. **La Responsabilidad Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y prenatales**. 2003. 623 f. Doutorado – UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID FACULTAD DE DERECHO, Madrid, 2013. Disponível em: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/4418/29934_macia_morillo_andrea.pdf?sequence=1. Acesso em 14 jun. 2019.

NARDELLI, Eduardo Felipe; 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**. Curitiba, n. 2, 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/1464>. Acesso em: 09 jun. 2019.

PEREIRA, Paula Cargnin. **Responsabilidade civil e o nascimento indesejado**: uma análise jurisprudencial. 2013. 87 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. [Orientador: Prof. Dr. Rafael Pettefi da Silva].

PINTO, Luis Guimaraes. Ações wrongful birth e wrongful life - uma controvérsia sobre responsabilidade médica civil. **Revista Universidades Lusíada**, Lisboa, n.12, 2014. Disponível em: <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/2240/2368>. Acesso em: 26 ago. 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAPOSO, Vera Lucia. As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica. **Revista portuguesa do dano corporal**, Coimbra, n. 21, 2010. Disponível em: https://digitalis.uc.pt/pt/artigo/wrong_actions_no_in%C3%ADcio_da_vida_wrongful_conception_wrongful_birth_e_wrongful_life_e. Acesso em: 14 set 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Rafael Peteffi da. Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life: indenização pelo nascimento de filhos indesejados e os recentes posicionamentos da jurisprudência brasileira. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011.

SILVA, Sara Elisabete Gonçalves da. Vida indevida (Wrongful Life) e o direito a não existência. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Lisboa, n. 2, 2017. Disponível em: http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/2/2017_02_0907_0956.pdf. Acesso em: 10 ago. 2018.

SIMÕES, Fernando Dias. Vida Indevida? As acções por wrongful life e a dignidade da pessoa humana. **Revista de Estudo Politécnicos**, Cávado, VIII, n. 13, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/tek/n13/n13a10.pdf>. Acesso em: 10 ago 2018.

SOARES, Andre Marcelo M.; PIÑEIRO, Walter Esteves. **Bioética e biodireito – uma introdução**, 2.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

SOUZA, Priscila Borim. Teorias do início da vida e lei de biossegurança. **Revistas eletrônicas Toledo Prudente**, Presidente Prudente, 2015. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/1863/1773>.

STF. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 54**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2019.

XAVIER, Luciana Pedroso; LUCCHESI, Guilherme Brenner. O caso roe x wade e o sistema de litígio estratégico nos Estados Unidos. **Revista Consultor jurídico**, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-23/direito-civil-atual-roe-vs-wade-sistema-litigio-estrategico-eua>.