

**VIOLAÇÃO À LIBERDADE REPRODUTIVA: UMA ANÁLISE DOS
PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL PARA OS CASOS DE
WRONGFUL BIRTH E *WRONGFUL LIFE***

VIOLATION TO REPRODUCTIVE FREEDOM: AN ANALYSIS OF ASSUMPTIONS OF
LIABILITY FOR THE CASES OF *WRONGFUL BIRTH* AND *WRONGFUL LIFE*

Caroline Sátiro de Holanda*

RESUMO:

A realização dos direitos reprodutivos pressupõe amparo e assistência, objetivando assegurar a saúde dos envolvidos. Desse modo, o acompanhamento médico integral é direito das partes envolvidas na realização de um projeto parental. Durante a gestação, a Medicina propicia a realização de exames para detectar anomalias fetais, os chamados diagnósticos pré-natais. Nos países onde o aborto é permitido, o diagnóstico de uma deficiência fetal incurável possibilita o exercício do direito ao aborto, por parte da genitora. Logo, um erro médico consistente na falha em detectar uma anomalia embrionária ou fetal ou na ausência de informação acerca de tal quadro pode ocasionar a perda de uma chance de exercício de uma escolha reprodutiva, mais especificamente a realização ou não de um aborto. É sobre a perda da chance do exercício do direito ao aborto que versam as ações de *wrongful birth* e *wrongful live*, cada vez mais comuns nos países onde o aborto é permitido. Indaga-se: o nascimento de uma pessoa deficiente, em razão da falta de um diagnóstico preciso de má formação e da consequente perda da chance do exercício do direito ao aborto, pode ensejar uma reparação civil? O objetivo do presente trabalho consiste justamente em analisar os pressupostos da responsabilidade civil nos casos de *wrongful birth* e *wrongful life*. Embora o aborto ainda seja proibido no Brasil, a pesquisa se faz necessária, porque recorrentemente os Tribunais de diversos países têm sido instados a se manifestarem sobre o tema. Logo, é importante que o Brasil participe desta discussão acadêmica, o qual merece debates por ser um tema novo e complexo. Para atingir tal objetivo, realizou-se uma pesquisa bibliográfica, cujo material teórico consistiu em artigos doutrinários e em decisões judiciais. A pesquisa mostrou que os pressupostos da responsabilidade civil encontram-se plenamente atingidos na *wrongful birth action*, sem que o mesmo ocorra na *wrongful live action*.

PALAVRAS-CHAVE: violação à liberdade reprodutiva; nascimento indevido; vida indevida; responsabilidade civil.

ABSTRACT:

The realization of reproductive rights requires support and assistance, aiming to ensure the health of those who are involved. Thus, integral medical monitoring is a right of the involved people, who are carrying out a parental project. During pregnancy, the Medicine provides examinations to detect fetal abnormalities, called prenatal diagnosis. In countries where abortion is allowed, the diagnosis of an incurable fetal disability enables the right to abortion by the mother. Thus, a medical error in consistent failure to detect an anomaly embryonic or

* Doutoranda em Direito Civil pela Universidade de Coimbra, Mestra em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR, professora da Graduação e Pós-Graduação em Direito, Advogada.

fetal or absence of information about this framework can lead to the loss of a chance to exercise reproductive choice, more specifically about the realization or not of an abortion. It's about losing the chance of exercising the right to abortion that the actions of wrongful birth and wrongful live are related, increasingly common in countries where abortion is allowed. One wonders: the birth of a disabled person, due to the lack of an accurate diagnosis of malformation and consequent loss of the chance of exercising the right to abortion, can also give civil redress? The goal of this work is precisely to examine the assumptions of liability in cases of wrongful birth and wrongful life. Although abortion is still prohibited in Brazil, this research is needed, because the courts repeatedly from several countries have been urged to speak out on the subject. It is therefore important that Brazil join this academic discussion, which deserves more discussions on a new complex theme. To achieve this goal, we performed a literature search, whose theoretical material consists of doctrinal articles and judgments. The research has shown that the assumptions of liability are fully met in wrongful birth action, but the same does not occurs in wrongful live action.

KEYWORDS: violation of reproductive freedom; wrongful birth; wrongful life; liability.

INTRODUÇÃO

A realização dos direitos reprodutivos pressupõe amparo e assistência integrais, objetivando assegurar a saúde dos envolvidos. Desse modo, o acompanhamento médico integral é direito das partes envolvidas na realização de um projeto parental. Neste campo, a Medicina tem se demonstrado indispensável para consecução da saúde reprodutiva, disponibilizando mecanismos para possibilitar, na medida do possível, uma procriação segura e saudável. A título de exemplo, citam-se procriação médica assistida e o diagnóstico genético pré-implantatório (DGPI) que permitem a seleção de um embrião saudável¹.

Durante a gestação, a Medicina propicia a realização de exames para detectar anomalias fetais, os chamados diagnósticos pré-natais. Esses exames têm várias finalidades, dentre elas: tranquilizar ou preparar os genitores acerca da saúde do feto; permitir, quando possível, o tratamento do feto; indicar o modo mais adequado para realização do parto; determinar o tratamento a ser dirigido ao recém-nascido etc. Nos países onde o aborto é permitido, o diagnóstico de uma deficiência fetal incurável possibilita ainda o exercício do direito ao aborto.

Rachel Tranquillo Grobe (1992) anota que o controle de doenças genéticas só é alcançado mediante a prevenção de nascimentos, pois raramente há tratamentos efetivos. Logo, um erro médico consistente na falha em detectar uma anomalia embrionária ou fetal ou

¹ É necessário, porém, esclarecer que tais práticas levantam reflexões éticas sobre a dignidade e a intangibilidade do ser humano. Aliás, a procriação artificial e todas as possibilidades dela decorrentes parecem ter tornando o homem mais objeto do que sujeito das novas tecnologias médicas. Sobre o progresso da ciência e os debates bioéticos travados vide os artigos de José Alfredo de Oliveira Baracho (2011, *on line*) e Carlos María Romeo Casabona (1994).

na ausência de informação acerca de tal quadro pode ocasionar a perda de uma chance de uma escolha reprodutiva, mais especificamente a realização ou não do aborto.

É sobre a perda da chance do exercício do direito ao aborto que versam as ações de *wrongful birth* e *wrongful live*, cada vez mais comuns nos países onde o aborto é permitido.

Nos Estados Unidos, o ajuizamento de ações por *wrongful birth* e por *wrongful life* já constituem expediente usual. Em 1967, *The Supreme Court of New Jersey* (2011, *on line*) julgou uma típica ação de *wrongful birth* e *wrongful life*. Trata-se do caso *Gleitman v. Cosgrove*, em que Jeffrey Robert Gleitman, uma criança representada pelo seu tutor e seus pais, Irwin Gleitman e Sandra Gleitman, ajuizaram um pedido de indenização contra os médicos responsáveis pelo acompanhamento pré-natal. Durante a gravidez, a genitora teve rubéola, mas, segundo os médicos, a doença não teria nenhum efeito sobre o seu filho. Ocorre que, quando nasceu, a criança apresentou deficiências ocasionadas pela rubéola. O fundamento da ação foi a negligência dos médicos, que impediu o exercício do aborto. Naquela altura, o aborto era proibido em New Jersey e o caso *Roe v. Wade*² ainda não tinha sido julgado pela Suprema Corte Americana. A pretensão dos autores foi julgada improcedente, sob o argumento da inalienabilidade do direito à vida³.

Na década de 1980, a Corte de Apelação do Estado da Califórnia (*on line*, 2011), no caso *Curlender v. Bio-Science Laboratories*, julgou procedente o pedido de indenização feito pela própria criança deficiente, Shauna Tamar Curlender, representada por seu pai, Hyam Curlender, contra Bio-Science Laboratories, uma empresa, Automated Laboratório de Ciências, uma corporação, e Jerome Schaffer, o médico. O pedido foi fundamentado na negligência dos réus na realização de determinados testes genéticos dos pais da criança – testes que, se feito corretamente, teriam possibilitado o exercício do direito ao aborto.

Em 17 de novembro de 2000, a Corte de Cassação Francesa (2011, *on line*) 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

² *Roe v. Wade* consiste no emblemático caso em que a Suprema Corte Americana (2011, *on line*), no ano de 1973, considerou o aborto um direito fundamental da mulher.

³ Segue um trecho da decisão: “The right to life is inalienable in our society. A court cannot say what defects should prevent an embryo from being allowed life such that denial of the opportunity to terminate the existence of a defective child in embryo can support a cause for action”. (*The Supreme Court of New Jersey*, 2011, *on line*).

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.

Em 19 de junho de 2001, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal (2012, *on line*) também já teve oportunidade de julgar um caso similar. Nesta situação específica, a criança deficiente, representada por seus pais, ajuizou uma ação de reparação por danos contra um médico e uma clínica radiológica, alegando negligência dos profissionais da saúde na realização dos exames pré-natais, os quais teriam omitido informação sobre a sua anomalia fetal. Tal fato retirou da genitora o exercício do direito ao aborto. O Tribunal português indeferiu o pleito. Dentre um dos argumentos, destacou-se que não há um direito a não nascer.

Em 2006, a *High Court of Australia* (2011, *on line*) também julgou improcedente uma pretensão semelhante. A Corte considerou impossível averiguar e calcular os danos alegados.

Na Europa, conforme assinalada Gisela Hildegard Kern (2007), a tendência dos tribunais em países como a Alemanha, Itália e Inglaterra encontra-se no sentido de não conceder à própria criança deficiente o direito à indenização.

Assim, diante dos avanços da Medicina e do reconhecimento, por diversos países, do aborto enquanto um direito reprodutivo constitucionalmente garantido à mulher, discute-se a responsabilidade civil decorrente de *wrongful birth* e *wrongful life*. Indaga-se: o nascimento de uma pessoa deficiente, em razão da falta de um diagnóstico preciso de má formação e da consequente perda da chance do exercício do direito ao aborto, pode ensejar uma reparação civil?

O objetivo do presente trabalho consiste justamente em analisar os pressupostos da responsabilidade civil nos casos de *wrongful birth* e *wrongful life*. Embora o aborto ainda seja proibido no Brasil, a pesquisa se faz necessária, porque recorrentemente os Tribunais de diversos países têm sido instados a se manifestarem sobre o tema. Logo, é importante que o Brasil participe desta discussão acadêmica, o qual merece debates por ser ainda um tema novo e complexo.

Para atingir tal objetivo, realizou-se uma pesquisa bibliográfica, cujo material teórico consistiu em trabalhos doutrinários diversos e em decisões judiciais. No presente ensaio, foi traçada, inicialmente, a definição de *wrongful birth* e *wrongful life*. Depois, classificou-se tais circunstâncias em um dos tipos de responsabilidade civil (contratual ou extracontratual). Em um terceiro momento, passou-se a análise dos pressupostos da responsabilidade civil, bem como sua pertinência em cada um dos casos em análise. Por fim, chegou-se a uma conclusão em relação ao que fora exposto.

1. A DEFINIÇÃO DAS AÇÕES DE *WRONGFUL BIRTH* E *WRONGFUL LIFE*

As circunstâncias que ensejam as ações de *wrongful birth* e de *wrongful life* são exatamente as mesmas, constituindo tais demandas judiciais os dois lados de uma mesma moeda. Ambas as ações derivam de um mesmo erro médico consistente na falha de um diagnóstico ou na falta de informação acerca de uma anomalia fetal. Este fato, por conseguinte, teria ocasionado a perda da chance do exercício do direito ao aborto, um direito reprodutivo da mulher. Oportunamente, salienta-se que, nestes casos, a má-formação não foi ocasionada culposamente por um terceiro. O erro médico, aqui, diz respeito apenas à falha no diagnóstico de identificação de uma má-formação fetal.

O erro médico pode ocorrer em duas situações distintas: antes ou depois da concepção⁴. O primeiro caso ocorre na procriação artificial, quando é possível o emprego do DGPI para seleção de embriões saudáveis. Nesta fase, pode ocorrer um erro no DGPI e a consequente transferência para o útero de um embrião deficiente.

É válido esclarecer que mesmo após a nidação, ainda é possível a ocorrência de deficiências devido às interações do embrião com o meio (útero) e devido ao próprio andamento da gravidez (hábitos e saúde da gestante).

A segunda hipótese de erro médico se dá durante o acompanhamento pré-natal, quando já existe uma gravidez em curso, resultante de reprodução assistida ou natural.

A diferença entre tais ações é que uma – a *wrongful birth* – é ajuizada pelos genitores, enquanto a outra – a *wrongful life* – é ajuizada pelo próprio nascente deficiente.

A *wrongful birth action* fundamenta-se na perda da oportunidade de realização de um aborto. Trata-se da chamada “teoria da perda de uma chance”. Os genitores pleiteiam uma indenização pelos danos morais e patrimoniais decorrente do nascimento indevido de um filho deficiente. *Wrongful birth* significa, assim, um nascimento injusto ou indevido, porque a genitora deu à luz, sem que ela soubesse, a uma criança com algum tipo de deficiência que, se previamente conhecida, teria ocasionado o exercício do direito ao aborto.

Nos países onde o aborto é proibido, não há que se falar em *wrongful birth action*, uma vez que o nascimento da criança, mesmo com deficiências, constitui um imperativo, portanto, jamais pode ser considerado indevido. Entretanto, nestas circunstâncias, a malformação fetal não informada ou não detectada pelo médico pode ocasionar danos não patrimoniais e,

⁴ As novas tecnologias reprodutivas e a consequente possibilidade de se congelar um embrião humano ocasionou a necessidade de se rediscutir os conceitos jurídicos de nascituro e de concepção. No presente ensaio, utiliza-se o termo “concepção” como sinônimo de nidação, ou seja, o momento em que o embrião já se encontra no útero, caracterizando uma gravidez em andamento. Para compreender o porquê desta escolha acadêmica, vide artigo de minha autoria: Caroline Sátiro de Holanda (2011, *on line*).

consequentemente, a responsabilidade civil médica⁵. O dano moral, neste caso, é evidenciado nas perturbações oriundas da “surpresa” em constatar as deficiências do nascente, quando se esperava um filho saudável. Se os genitores tivessem recebido anteriormente essa informação, teriam se preparado emocionalmente para receber a criança. Sem falar que poderiam ter se capacitado tecnicamente, mediante cursos e estudos, para lidar com a deficiência.

Por fim, ressalta-se que também não há um nascimento indevido quando, mesmo ciente das anomalias que acomete o filho, a genitora não quer fazer uso do direito à interrupção da gravidez.

Por sua vez, a *wrongful life action* corresponde à ação de reparação de danos movida pela própria pessoa deficiente contra o médico, hospital ou clínica responsável pelo erro de diagnóstico que não identificou uma deficiência no feto. Nos casos de incapacidade, a pessoa figurará no pólo ativo da ação mediante representação. Esclarecendo melhor: as ações de *wrongful life* são movidas pela própria pessoa deficiente contra o responsável pela falha ou ausência de diagnóstico de má-formação fetal.

Vera Lúcia Raposo (2010) alerta que a ação também poderá ser dirigida contra os progenitores, fundamentada no fato de que estes prosseguiram com a gestação, não obstante serem conhecedores da doença que acometia o nascituro. Neste caso, a reivindicação se fundaria em um suposto dever parental de evitar o nascimento de uma criança deficiente.

Tal como na *wrongful bith*, a *wrongful life action* só pode ser ajuizada nos países onde o aborto é permitido, pois o cerne da questão é saber se a perda da chance do exercício do aborto pode ser considerada um dano à própria pessoa deficiente, quem terá de suportar a falha médica e, com isso, viver de forma prejudicial. Extremamente polêmica, a *wrongful life action* suscita as seguintes questões: existe um direito a não nascer? Como valorar os danos decorrentes de uma existência com deficiências?

Oportunamente, a título de esclarecimento e acréscimo, salienta-se que relacionadas aos direitos reprodutivos ainda existem a *wrongful conception* e a *wrongful adoption*. *Wrongful conception* significa concepção indevida. 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.

⁵ No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça (2011, *on line*) entende que o erro nos exames de acompanhamento pré-natal enseja danos morais (AgRg no Ag 744181/RN, Relator(a): Ministro Sidnei Beneti, Órgão Julgador: Terceira Turma, Data do Julgamento: 11/11/2008).

Paulo Mota Pinto (2011, *on line*) assinala que o Direito norte-americano tem discutido as pretensões de uma *wrongful adoption*, quando o estado de saúde de uma criança adotada foi escondido ou distorcido dos adotantes.

2. WRONGFUL BIRTH E WRONGFUL LIFE ACTIONS: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL OU EXTRA CONTRATUAL?

O enquadramento dos casos de *wrongful bith* e *wrongful life* em uma das modalidades de responsabilidade civil – contratual ou extracontratual – é salutar, porque o regime jurídico de ambas é, em certa medida, diferente, especialmente no que diz respeito ao ônus de provar a culpa e aos prazos prescricionais. Na responsabilidade contratual, a culpa é presumida, cabendo ao inadimplente (ao ofensor) provar a existência de eventuais excludentes de responsabilidade. Já na responsabilidade extracontratual, o ônus da prova da culpa compete à vítima do dano.

É de fácil percepção que a *wrongful bith* submete-se ao regime jurídico da responsabilidade civil contratual, pois deriva de um contrato firmado entre o médico e o paciente. Rute Teixeira Pedro assinala (2008) as características do contrato médico: sinalagmático, na medida que gera direitos e obrigações para ambas as parte; um contrato, em regra, oneroso, ou seja, o serviço médico majoritariamente é realizado mediante uma contraprestação; um contrato personalíssimo (*intuitus personae*), cuja obrigação pactuada, em princípio, só poderia ser praticada pelo médico contratado; por fim, trata-se de um contrato consensual, que não possui formalidades prescritas pela lei.

Relativamente às ações de *wrongful birth*, o contrato médico em tela tem por finalidade o acompanhamento de um projeto parental, que pode ser desde uma reprodução assistida ou a partir da uma gravidez. Tal acompanhamento tem como objetivo precípua a salvaguarda, na medida do possível, da saúde e integridade física dos envolvidos. Dentre as prestações assumidas pelo médico, encontra-se a de dar informação concernente à saúde da genitora e do nascituro.

Questão delicada consiste em definir onde se localiza a responsabilidade por *wrongful life*, uma vez que não há qualquer contrato celebrado entre a criança e médico. Nesta situação, o contrato fora firmado entre a genitora ou genitores com a equipe médica, entretanto a inexecução contratual trouxe consequências para a criança. Seria possível, neste caso, falar em contrato a favor de terceiro?

De acordo com João de Matos Antunes Varela (2000, p. 410), “o contrato a favor de terceiro é o contrato em que um dos contraentes (promitente) atribui, por conta e à ordem do

outro (promissário), uma vantagem a um terceiro (beneficiário), estranho à relação contratual”. Neste caso, o terceiro é credor da obrigação, podendo, por si mesmo, exigir o seu cumprimento. No caso em tela, o beneficiário direto dos contratos relacionados aos direitos reprodutivos (reprodução assistida, DGPI, exames, pré-natal) não é a criança, mas sim a genitora, motivo pelo qual não se pode falar em contrato a favor de terceiro.

No entanto, neste caso, os deveres médicos existem não apenas em razão da saúde da genitora, mas também diante da saúde do nascituro. O nascituro também é beneficiário do dever de cuidado. Sendo assim, embora não seja um contrato em favor de terceiro, tem-se um contrato com eficácia de proteção para terceiros (PINTO, 2011, *on line*). Neste tipo de contrato, o terceiro não possui diretamente um direito à prestação, mas pode ser incluído no âmbito de proteção do contrato, de modo que o inadimplemento ou o cumprimento defeituoso poderá ensejar uma pretensão indenizatória relativamente àquele (terceiro) (MONTEIRO, 1989, p. 74). Nestes contratos, havendo dano para o terceiro indiretamente protegido, a responsabilidade submete-se ao regime da responsabilidade civil contratual, de modo que a culpa pela falta contratual também será presumida.

3. AS *WRONGFUL BIRTH* E *WRONGFUL LIFE ACTIONS* E OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A vida em sociedade traz consigo a possibilidade de se sofrer danos, o que se denomina de “risco social”. Diante de tal risco, a regra é de que a vítima deve arcar com o próprio prejuízo. Entretanto, quando o dano for injustamente provocado, demonstra-se necessária a indenização dessa lesão, cuja finalidade é dupla: reparar ou compensar a perda e punir o agressor. Fala-se, então, em “distribuição dos danos que se produzem no contacto social” (MONTEIRO, 2005, p. 349).

A responsabilidade civil, tanto contratual como extracontratual, só ocorre quando verificados determinados pressupostos cumulativos, quais sejam: 1) fato voluntário do agente; 2) ilicitude; 3) dano; 4) culpa em sentido amplo; e 5) nexos de causalidade.

Como regra, a prova da existência dos pressupostos da responsabilidade civil do médico cabe ao lesado, no caso, ao paciente. Este deverá provar os pressupostos, enquanto fatos constitutivos do seu direito à indenização. A exceção ocorre em relação ao requisito da “culpa”, que é presumida quando a obrigação médica contratada for de resultado. Neste caso, o ônus da prova é invertido, cabendo ao médico provar que não teve culpa pelo evento danoso.

Passa-se a analisar os pressupostos da responsabilidade civil em relação às *wrongful actions*.

3.1. Fato voluntário do agente

De acordo com João de Matos Antunes Varela (2000) um dos pressupostos básicos da responsabilidade civil é o fato do agente, ou seja, “um fato dominável ou controlável pela vontade, um comportamento ou uma forma de conduta humana” (VARELA, 2000, p. 527). Tal significa que o fato causador do dano não pode ser um fato natural, mas sim um ato humano, já que somente o homem pode ser destinatários da lei.

O ato humano pode ser positivo/comissivo ou negativo/omissivo. Entretanto, a omissão só é capaz de gerar danos e, por conseguinte, a indenização, quando há um dever jurídico de praticar um ato⁶. Esta obrigação que impõe um ato comissivo pode decorrer da lei ou de um contrato.

No caso da *wrongful birth* e *wrongful life*, o fato que teria ocasionado o dano em ambas as circunstância consiste exatamente na conduta do médico, logo, um fato humano, perfeitamente controlável. Mais precisamente, o ato médico em questão constitui uma omissão – a ausência de um diagnóstico ou não falta de informação deste – cuja conduta comissiva fora contratualmente assumida, logo o dever de agir era obrigatório. Assim, a omissão médica constitui um ato humano capaz de ensejar danos, configurado preenchido tal pressuposto da responsabilidade civil.

3.2. Ilícitude

A caracterização de uma ilicitude, para fins de responsabilidade civil, varia de acordo com cada ordenamento jurídico.

O artigo 483, 1⁷, do Código Civil (CC) português elenca duas formas de ilicitude civil: 1) violação a um direito de outrem; e 2) violação a interesse juridicamente protegido. A doutrina portuguesa inclui, ainda, um terceiro tipo de ilicitude, que é o abuso de direito,

⁶ Neste sentido dispõe o art. 486º, do CC português: (Omissões) As simples omissões dão lugar à obrigação de reparar os danos, quando, independentemente dos outros requisitos legais, havia, por força da lei ou de negócio jurídico, o dever de praticar o acto omitido.

⁷ Art. 483º. (Princípio geral) 1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.

previsto no art. 334⁸. A ilicitude, conforme se observa, repousa na conduta do agente e não no seu resultado (dano).

Para o Professor Sinde Monteiro (2005), o primeiro tipo de ilicitude (violação a um direito de outro) só se evidencia quando há violação a um direito subjetivo absoluto (direito de propriedade ou direito da personalidade). O tema, porém, não é pacífico, pois há quem considere a existência de ilicitude na violação de direito de crédito (direito relativo). Trata-se da teoria da eficácia externa dos contratos.

No Direito brasileiro, a ilicitude consiste na violação de um direito⁹. Conforme ensina Gisele Leite (2011, *on line*), a ilicitude “pode advir tanto da norma jurídica, na norma contratual concebida dentro da égide da autonomia privada”. E continua a mesma autora, “o ato ilícito é um ato material (ato ou omissão) que, infringindo dever legal ou contratual, causa dano a outrem” (LEITE, 2011, *on line*).

A doutrina civilista brasileira também discute se há um dever legal de respeitar um direito de crédito alheio¹⁰. Para o presente trabalho, embora imensamente rica e fecunda, tal discussão não interessa, uma vez que os direitos pretensamente violados nas *wrongful actions* são os direitos da personalidade e não há polêmica de que a violação a esses direitos constitui um ato ilícito.

Em que consistiria, portanto, a ilicitude nas *wrongful actions*? Quais os direitos da personalidade violados? A resposta varia de acordo com a modalidade em análise.

3.2.1. *Wrongful birth action*

Na *wrongful birth*, como dito, há uma malformação fetal não detectada ou não informada pelo médico ou outro profissional da saúde, muito embora tenham sido realizados os exames clínicos eficazes e direcionados à constatação da respectiva deficiência.

Neste caso, a ilicitude é constatada pela violação dos seguintes direitos: direito ao resultado seguro na realização de exames, direito à informação e, conseqüentemente, direito à interrupção voluntária da gravidez. Os primeiros decorrem de um contrato de prestação de serviços médicos. Como dito alhures, dentre as prestações assumidas pelo médico, encontram-se a de realizar exames pré-natais e fornecer resultados seguros. Igualmente, há o dever de informar sobre a saúde da genitora e do nascituro.

⁸ Artigo 334º. (Abuso do direito) É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.

⁹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹⁰ Neste sentido vide o artigo de Otávio Luiz Rodrigues Júnior (2004) e a dissertação de mestrado de Fábio Murilo Nazar (2009).

O ilícito consiste, portanto, na inadimplência de deveres contratuais que, por sua vez, ocasionaram a perda da chance de realização do aborto. Logo, o ilícito também é configurado pela afronta ao exercício autônomo de direitos reprodutivos, notadamente, o direito ao aborto (direito que decorre da lei).

Ressalte-se que os direitos reprodutivos constituem direitos da personalidade, pois relacionam-se com autodeterminação, privacidade, intimidade, liberdade e autonomia individual. Neste caso, o ato médico retirou da mulher a chance de exercer o direito ao aborto. Sobre a “teoria da perda de uma chance”, Rute Teixeira Pedro leciona (2008, p. 184-185):

Na verdade, a problemática que suscita a aplicação da noção da perda de uma chance é constituída por situações, em que um sujeito se encontra num estado que lhe propicia a possibilidade – a chance – de alcançar um determinado resultado favorável, e em que, em virtude de um comportamento de um terceiro, essa possibilidade fica irremediavelmente perdida – perda da chance.

Nos países onde o aborto (inclusive o chamado aborto eugênico) é permitido, o seu exercício constitui um direito. Assim, se o médico não diagnosticou ou não informou a anomalia fetal tem-se um comportamento que ocasionou a impossibilidade do exercício de um direito, configurando tal fato um ilícito civil.

3.2.2. *Wrongful life action*

Na *wrongful life action*, Gabriel Gualano de Godoy (2007) atenta para a possibilidade de lesão a dois bens jurídicos distintos: o direito a uma vida digna e saudável e o direito a não nascer.

O direito a uma vida digna e saudável não pode ser assegurado face aos infortúnios naturais, só podendo ser compreendido face aos atos humanos. Existe sempre um risco, inerente à natureza, de nascer com enfermidades. Este risco poderá ser agravado ou não, conforme o comportamento das pessoas (hábitos saudáveis). Então, o direito a uma vida saudável consiste no direito de não sofrer enfermidades ou lesões criadas por atitudes humanas (RAPOSO, 2010, p. 73) e no direito de receber o tratamento cabível para curá-las e/ou evitá-las.

Na *wrongful life*, a vida indevida resultou ou da falha médica em detectar a deficiência ou da falta de informação. A doença, entretanto, não fora provocada por este erro médico. A anomalia em causa não seria passível de cura, de forma que haveria como assegurar o direito a uma vida saudável. Sendo assim, neste caso, paradoxalmente, a vida saudável seria efetivada pela não-vida. Nesta situação, falar em direito a uma vida saudável seria o mesmo que falar em direito ao não nascimento.

Cabe, entretanto, indagar: existe um direito ao não nascimento? Existe um direito a não existir? Existe o direito a ter a própria vida interrompida mediante abortamento?

Defender um direito ao não nascimento traz consigo uma ambiguidade inerente e intransponível que atenta contra o próprio direito em análise. O pressuposto para o exercício de qualquer direito situa-se na existência de personalidade jurídica, ou seja, existência de uma pessoa. Para o Direito português e brasileiro¹¹, a personalidade jurídica inicia-se com o nascimento com vida. Só aquele que nasceu com vida possui direitos. Neste sentido, Pontes de Miranda (1999, p. 217) leciona:

No útero, a criança não é pessoa. Se não nasce com vida, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direito, nem pôde ter sido sujeito de direito (= nunca foi pessoa). Todavia, entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tenha de esperar o nascimento para saber se algum direito, pretensão, ação ou exceção lhe deveria ter ido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa.

Segue, então, a ambiguidade do chamado direito a não nascer: como reivindicar um direito cujo exercício significa a ausência de pressuposto para o próprio direito? Como pleitear um direito ao não-nascimento se o nascimento é pressuposto para se ter direitos? Em outros termos: ao pleitear a efetivação do direito ao não nascimento cria-se um estado de não existência, de não personificação, o que impossibilita o reconhecimento de tal direito. Assim, a efetivação do direito ao não nascimento remete a uma fase (gestação/ vida intra-uterina) em que o indivíduo ainda não era pessoa, logo ainda não era titular de direitos.

Como falar, então, em direito ao não nascimento se sua efetivação remete a um estado em que não há direitos? Como falar em direito a nunca ter existido, se a existência é um pressuposto para se ter direitos? Tal ambiguidade se mostra insuperável e impede que se reconheça a existência desse direito ao não nascimento.

Contrária a um suposto direito ao não nascimento, Vera Lúcia Raposo (2010, p. 75) leciona que “todos os direitos implicam a possibilidade teórica de serem exercidos no seu devido tempo, quando existe a efectiva possibilidade de serem cumpridos/ respeitados, o que neste caso não se verifica”.

Quando a lei resguarda os direitos do nascituro o faz justamente, mediante a possibilidade do seu nascimento com vida. Para tanto, é nomeado um curador para resguardar seus direitos até o nascimento. No caso de *wrongful life*, o nascituro não poderia pleitear,

¹¹ Ainda que a primeira parte da redação do art. 2º, do CC brasileiro preceitue que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida (...)”, há, na doutrina civilista brasileira, quem defenda que o nascituro tem personalidade jurídica (teoria concepcionista da personalidade civil). Esta doutrina baseia-se exatamente na segunda parte do mesmo dispositivo, segundo a qual “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Como exemplos de expoentes da teoria concepcionista tem-se Maria Helena Dinis (2008) e Giselda Maria Fernandes Hironaka (2007).

mediante curador, o direito ao não nascimento justamente porque implica o seu não nascimento¹². Neste sentido, Vera Lúcia Raposo (2010, p. 75) arremata:

[...] a consagração constitucional do direito à vida não tem como correspondente um direito à não vida, nem sequer a eutanásia (de pessoas adultas e conscientes) assim pode ser entendida. Até porque um tal direito – e o mesmo se aplica ao direito de nascer – peca desde logo pela ausência de titular. É que o direito a não nascer só pode ter lugar, pela ordem lógica das coisas, antes do nascimento, quando ainda não existe pessoa, logo, falta um ente capaz de ser titular de direitos. E quando finalmente esse ser se torna pessoa – com o nascimento – deixa o direito de ter conteúdo, ao contrário do direito à nascer saudável, que mesmo após o nascimento conserva alguma razão de ser. Na verdade, o nascimento representa precisamente a violação do direito, e deixa de existir qualquer outra possibilidade de ser exercido, apenas a hipótese de compensação. Ao invés, o cumprimento deste direito implica a inexistência definitiva do seu titular e, não havendo titular, tão-pouco pode existir direito. O direito a não ter direito seria uma contradição de termos.

De modo contrário, David Hirsch (2011, *on line*) entende que a pretensão da criança não assenta em um direito a não nascer, mas sim em ter nascido em uma vida de sofrimentos e necessidades. Este fato não teria ocorrido se o médico tivesse sido cuidadoso, devendo, por isso, arcar com suas responsabilidades. O autor, entretanto, não aponta qual teria sido o direito violado (ilicitude), neste caso.

Há de se levar em conta ainda que o reconhecimento de um direito a não nascer faz do aborto uma obrigação nos casos de deficiência. A problemática seria colocada nos seguintes moldes: preferiria não existir, logo tenho direito a uma indenização por isso acontecer. Nestes termos, o filho também teria direito à indenização face aos próprios genitores que decidem levar a cabo uma gravidez, embora cientes da má-formação fetal. É possível, entretanto, culpar os pais pela própria existência?

Não é possível penalizar os pais, mesmo cientes das deficiências do nascituro, por levar uma gravidez adiante, porque decidir ter um filho não caracteriza um ato ilícito. Na verdade, decidir ter um filho significa o exercício de um direito reprodutivo, existindo um direito fundamental à procriação. No âmbito dos direitos reprodutivos, não existe o dever de abortar em benefício da própria criança.

Gisela Hidelgard Kern (2007) considera que, embora seja um direito reprodutivo da genitora, o aborto no caso de malformação fetal também leva em conta os interesses da

¹² Diferentemente é a circunstância de a deficiência ter sido provocada por um ato humano, quando o indivíduo se encontrava no ventre. Neste caso, se o indivíduo nascer com vida poderá reivindicar por direitos ainda que o fato que lhe deu origem reportem a momento anterior ao nascimento. Assim, existe um direito a nascer saudável, o qual pode ser efetivado com o nascimento. Se a ofensa a esse direito foi anterior ao próprio nascimento, isto não impede o exercício deste direito. Se existe uma expectativa de nascer com vida, se existe um direito de nascer saudável que pode ser exercitado posteriormente, então todos os esforços devem ser empreendidos para a efetivação desse direito. Por isso, a pessoa terá direito à indenização por danos sofridos enquanto ainda era um nascituro. Se o conceito não chega a nascer com vida, ele próprio, dada a sua não-existência, jamais poderia reivindicar danos. Neste caso, os genitores é que teriam direito à indenização. Sobre o assunto ver o artigo de Kristin Savell (2006) e Ian R. Kerr (2000).

própria criança. Para a autora, não haveria um dever de abortar em benefício do nascituro, mas também não se pode negar que “tal decisão seja também tomada no interesse da criança” (KERN, 2007, p. 85).

O problema é que, se for constatada a responsabilização dos pais por uma vida indevida, então a *wrongful life action* intentada contra os genitores será possível não apenas em casos de deficiência, mas em todos os casos que a própria pessoa considere que a própria vida é injusta, sendo preferível a não-existência. Tal circunstância que poderiam se decorrer de diversos fatores, tais como: sócio-econômicos, culturais (pertencer a uma etnia discriminada), familiares (pertencer a uma família ainda “diferente” e minoritária, como a monoparental, decorrente de reprodução assistida, ou a família homoafetiva).

Cabe, por fim, ainda analisar a que interesses as normas autorizadoras do aborto visam a proteger: interesses ou direitos do feto ou interesses e direitos da genitora (ou genitores)? Creio que a legalização do aborto relaciona-se com a efetivação dos direitos reprodutivos, logo diz respeito aos interesses da genitora (ou genitores). Parece difícil defender que o aborto deve atender aos direitos do próprio nascituro. Primeiro, porque este ainda não possui personalidade jurídica para exercer seus pretensos direitos. Neste caso, a nomeação de um curador para pleitear um eventual direito ao não nascimento não faz sentido, pois, como dito, os direitos do nascituro são resguardados ante a possibilidade de ele nascer com vida.

Ainda, também é complicado considerar que o aborto deve atender aos direitos do próprio nascituro, porque, em muitas vezes, tal prática atenta justamente contra o próprio nascituro, ao eliminar o direito à vida, em caso de um feto perfeitamente saudável, por exemplo.

3.3. Dano

O dano é o prejuízo decorrente da violação a um direito de outrem. Constitui o principal pressuposto da responsabilidade civil, constituindo inclusive o seu fundamento, já que o intuito da responsabilização é justamente indenizar a pessoa pela lesão sofrida, ou seja, o intuito é a reparação do prejuízo. Sem dano, não há responsabilidade civil. Antônio Pinto Monteiro (2007, p.109) fala que “o dano é o pressuposto e o limite da obrigação de indenização”.

A finalidade da indenização é, sobretudo, a restauração da situação que existiria se o evento danoso não tivesse ocorrido – princípio da reconstituição natural (MONTEIRO, 2005, p. 378). A prioridade, portanto, cinge-se na reconstituição de uma situação hipotética, a qual existiria se não fosse pelo dano.

Ocorre que nem sempre a reconstituição natural é possível. Neste caso, a indenização não terá por fim a recuperação da situação hipotética, mas sim uma compensação em dinheiro. Aqui, a reparação do dano requer uma análise da sua extensão. Como medir a extensão de um dano? Como medir a indenização pecuniária?

Para tanto, a indenização deve ser medida por uma diferença entre a situação real (com o dano) e a situação hipotética (sem o dano), critério adotado pelo CC português¹³. Trata-se da chamada “teoria da diferença”, criada por Friedrich Mommsen (VARELA, 2000, p. 906).

Os danos podem ser patrimoniais, quando aptos de serem avaliados em dinheiro, ou não patrimoniais ou morais, quando inaptos de serem avaliados em dinheiro, mas passíveis de serem compensados em dinheiro. Os danos patrimoniais classificam-se: em danos emergentes, consistindo efetivamente na perda patrimonial sofrida; e lucros cessantes, referentes ao lucro frustrado, ou seja, aquilo que se deixou de ganhar.

3.3.1. *Wrongful birth action*

Na *wrongful birth*, o erro médico (falta em detectar ou informar uma anomalia fetal) teria provocado uma violação ao direito de interromper uma gravidez, gerando, com isso, o nascimento de um filho deficiente. Como dito, o fundamento do dano relaciona-se com a teoria da perda de uma chance.

Os danos decorrentes da perda dessa possibilidade podem ser patrimoniais (custos com gravidez, criação e educação de um filho doente) e não patrimoniais (dor, preocupação com o filho etc.).

Manuel Carneiro da Frada (2011, *on line*) considera que na *wrongful birth* não há dano a ser indenizado. Para ele, o nascimento ou a vida do filho não pode ser considerado um dano. Segundo ele, se o próprio portador da doença não pode fazer da vida deficiente um dano, como poderiam, pois fazê-lo os pais?

Como será demonstrado a seguir, na *wrongful life*, o que se aponta é a impossibilidade de averiguação e avaliação de tais danos, dado que é inadmissível aplicar a teoria da diferença, mediante comparação entre uma existência danosa com uma não-existência.

A situação da *wrongful birth*, parece-me diferente. Neste caso, a violação do direito ao aborto ocasionou o nascimento de uma pessoa doente, gerando, com isso, danos aos genitores. Esses danos podem ser medidos, já que é perfeitamente possível a aplicação da teoria da

¹³ Art. 566º. 2. Sem prejuízo do preceituado noutras disposições, a indemnização em dinheiro tem como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data se não existissem danos.

diferença. Se o aborto tivesse sido realizado, os genitores não estariam sofrendo, se preocupando e arcando com todas as despesas médicas do filho doente. Logo a situação real é o nascimento de um filho deficiente e a situação hipotética seria o não nascimento deste mesmo filho. O critério utilizado para indenizar os danos pauta-se justamente na diferença entre as duas situações.

Os danos, na *wrongful birth*, relacionam-se o nascimento de um filho deficiente, colocando, com isso, em cheque o dogma da santidade/ sacralidade da vida, também conhecido como argumento de evento abençoado (*blessing event*¹⁴), segundo o qual não há vida injusta e toda vida é preferível a uma não-vida. Contrário a tal argumento, vale citar as considerações Dean Stretton (2005, p. 337):

[...] measures to avoid childbirth—abstinence, abortion, the ‘rhythm’ method, contraception, and sterilisation—are used at some time by many heterosexual people precisely because they believe (correctly) that there are circumstances where having an extra child, even a healthy child, would not benefit the parents overall. If every child were a blessing, the goal of life during one’s fertile years would be ‘unlimited child bearing,’ for each procreation would leave one better off. As this is manifestly absurd—there is more to life than procreation— not every child is a benefit.

Nos casos de *wrongful birth*, a questão que se coloca diz respeito ao exercício de direitos reprodutivos negativos. Neste caso, a avaliação daquilo que seria um dano compete aos genitores, pois afastar ou não a vida de outrem relaciona-se com um direito deles (direito ao aborto).

Os danos pelos quais se reivindica indenização referem-se aos sofrimentos e aos custos de manutenção de um filho deficiente, o qual não teria nascido se a oportunidade do exercício do aborto tivesse sido facultada.

A propósito da indenização pelos danos patrimoniais decorrentes de despesas com a manutenção do filho, indaga-se: tal indenização objetiva a cobrir toda e qualquer despesa do filho ou apenas as relacionadas à deficiência? Esta pergunta é pertinente porque a gravidez fora voluntariamente aceita, o que traz consigo as responsabilidades decorrentes do poder familiar, dentre elas as de sustento e educação. Por outro lado, há de se diferenciar a voluntariedade da gravidez com a voluntariedade em continuar essa mesma gravidez. Se a anomalia fetal tivesse sido constatada e informada, o aborto teria sido realizado e os pais não teriam despesa alguma. Porém, se a criança fosse saudável, os gastos com o sustento e com educação ocorreriam de qualquer forma. Como calcular então, a indenização?

¹⁴ Michel Murtaugh (2007) analisa que nem todo nascimento de uma criança pode ser considerado um evento abençoado, ainda que seja uma criança saudável.

O tema não é pacífico. Rachel Tranquillo Gobre (1992) aponta decisões divergentes no âmbito da jurisprudência norte-americana.

Ora, o cálculo da indenização baseia-se, como dito, na aplicação da teoria da diferença. A situação atual real consiste nos danos patrimoniais e morais decorrentes do nascimento de uma criança deficiente. A situação hipotética, acaso a anomalia fetal tivesse sido constatada e informada, seria a interrupção da gravidez, mediante o aborto. Logo, os pais não teriam despesa alguma. Então, pela teoria da diferença a indenização dos danos patrimoniais deve se referir a todos os gastos com a criança e não somente àqueles relativos à deficiência.

Ainda sobre a indenização dos danos em casos desse jaez, Rachel Tranquillo Gobre (1992) assinala que a defesa tem utilizado a “regra das consequências evitáveis” (*rule of avoidable consequences*), segundo a qual os demandantes deveriam tomar todas as medidas razoáveis disponíveis para minimizar as consequências financeiras da conduta negligente do réu. Em se tratando de *wrongful birth*, de acordo com a regra em análise, tocaria aos pais colocar a criança para adoção, o que mitigaria os danos.

O problema é que tal argumento ignora o desrespeito aos direitos dos genitores (direito à informação e direito ao aborto). Aplicando tal regra, haveria uma dupla penalidade para os pais: de um lado, a privação da informação e, conseqüentemente, do aborto; de outro, a impossibilidade de recuperação dos custos para tratamento, cuidado e sustento da criança deficiente.

3.3.2. *Wrongful life action*

Em se tratando de *wrongful life*, o dano pode ser caracterizado de duas formas: há que considere que o dano reside na própria vida deficiente e há quem considere que o dano seria a deficiência em si.

Em qualquer caso, fala-se tanto em danos não-patrimoniais (sofrimentos, angústias), como em danos patrimoniais (custos com a própria manutenção).

Analisar se o dano é a própria vida deficiente ou se é a deficiência em si não surte efeitos práticos, pois em qualquer caso, não é possível aplicar nem o princípio da reconstituição natural nem a teoria da diferença. Para Manuel Carneiro da Frada (2011, *on line*), não é possível a aplicação do princípio da reconstituição natural, pois tal induz não no pedido de indenização, mas em um pedido de morte assistida, já que esta sim corresponderia a uma restauração dos fatos.

Também não é possível aplicar a teoria da diferença, pois não há como medir nem a existência nem extensão do dano. Manuel Carneiro da Frada (2011, *on line*) considera que, de

acordo com a teoria da diferença, a indenização tem por escopo colocar o sujeito na situação hipotética que existiria se não fosse o dano. Neste caso, o sujeito teria de comparar a sua situação atual de viver com a situação hipotética de não viver. A vida saudável não poderia ser utilizada como situação hipotética, posto que uma vida sem deficiência nunca fora opção, isto é, a deficiência não fora ocasionada. A situação hipotética, em se tratando de *wrongful life*, seria a não-vida. Assim, o comportamento alternativo seria a não-existência.

Sobre a indenização dos danos por *wrongful life*, Vera Lúcia Raposo (2010, p. 82) leciona:

Se recordarmos a finalidade da atribuição de indemnização concluiremos que esta visa a colocar a pessoa na situação em que estaria caso o dano não tivesse ocorrido. Mas, nestas situações, tal reposição implicaria que a pessoa nunca tivesse nascido, pelo que teríamos que comparar uma existência povoada pela doença com uma não-existência. E se optarmos pela reconstituição natural – a finalidade precípua da responsabilidade civil (art. 566º/1 CC) – eis que teríamos que matar a criança.

O problema da avaliação desses danos requer, portanto, uma análise impossível de ser efetivada, qual seja, a comparação entre a existência e a não-existência. Não se pode comparar uma vida deficiente com uma não-vida. Com isso, fica impraticável a avaliação do dano e de sua consequente indenização.

Kirsten Carey (2011, *on line*) aponta que a razão mais comum pela qual se tem negado as *wrongful life actions* tem sido exatamente o paradoxo da não-existência.

O dano só poderia ser avaliado e, conseqüentemente, indenizado se a deficiência tivesse sido provocada, porque, neste caso, o contraponto seria a vida saudável que se teria. Neste caso, Vera Lúcia Raposo ensina (2010, p. 81):

[...] a comparação, para efeitos de cálculo da compensação, opera entre a situação na qual a criança acaba por nascer (nascimento com o dano) e aquela que existiria se não fosse a lesão (nascimento sem o dano), pelo que aqui o valor negativo é atribuído à vida defeituosa e o valor positivo à vida saudável, como o demonstra a prática habitual de atribuir indemnizações nos casos em que a vida passa de saudável a não-saudável por força de um acto de terceiro. Em contrapartida, na *wrongful life*, o valor positivo é atribuído à ausência de vida [...].

Em sentido contrário, Paulo Mota Pinto (2011, *on line*) considera que “existe uma padrão contrafactual de comparação – o da pessoa sem malformações e regularmente funcional”. Este posicionamento, entretanto, não parece atender à teoria da diferença, já que o nascimento saudável nunca foi uma possibilidade.

Manuel Carneiro da Frada (2011, *on line*) atenta para uma contradição entre o fundamento da pretensão indenizatória, que é um suposto direito ao não nascimento, e o próprio objetivo da indenização, que é obter dinheiro para viver. Para o autor, “não se pode não querer viver e querer viver ao mesmo tempo” (FRADA, 2011, *on line*).

Tal como na *wrongful birth*, o argumento da sacralidade da vida também é utilizado para afastar a pretensão indenizatória. Entretanto, este dogma é igualmente utilizado para fundamentar a pretensão de indenização nas ações de *wrongful life*. Neste sentido, Fernando Dias Simões (2010, p. 201):

Com efeito, a atribuição de uma indemnização à própria criança não atinge a sua dignidade, uma vez que não tem de assentar na conclusão de que a existência como deficiente é menos valiosa do que a não-existência. Ao atribuir uma indemnização à própria criança está-se justamente a promover a dignidade da criança.

Parecem-me incontroversos os agravos que uma deficiência pode provocar a alguém. A deficiência, na maioria dos casos, impede a pessoa de trabalhar e, ao mesmo tempo, eleva os custos de manutenção, criando um sério problema social. Ocorre que, na *wrongful life*, tais gravames não podem ser mensurados, posto que não é possível afirmar categoricamente que a não existência é preferível.

3.4. Nexo de causalidade

Para determinar a causa do dano é necessário realizar o seguinte raciocínio lógico: o dano teria ocorrido se a conduta humana em análise não tivesse sido praticada? Em caso negativo, constata-se a ligação entre a conduta e a lesão. Este raciocínio é empregado em decorrência da teoria da causalidade adequada, utilizada como regra geral para determinar o nexos de causalidade¹⁵.

3.4.1. *Wrongful birth action*

No caso em apreço, a conduta que teria determinado o dano foi ou falha médica em detectar a deficiência ou a falta de informação. Note-se que a conduta tida por lesiva foi uma conduta omissiva. Como dito alhures, a conduta omissiva só pode ensejar reparação de dano, quando há um dever jurídico de agir. Cabe então perguntar: havia um dever jurídico de constatar a anomalia fetal e, conseqüentemente, informar aos genitores? Sim. Tal dever decorre da relação contratual havida entre os genitores e o médico.

Em razão do comportamento omissivo dos profissionais da saúde, obsteu-se a faculdade que a genitora teria de interromper a gravidez (lesão ao direito de informação, lesão a um direito reprodutivo). Assim, levou-se a cabo o nascimento de uma criança deficiente.

Os danos, nos casos de *wrongful birth*, relacionam-se com o sofrimento e sustento do filho deficiente. Sem o erro médico, tais danos teriam ocorrido? Não. Sem a negligência, a

¹⁵ Sobre o nexos de causalidade no Direito brasileiro, vide o artigo de Gustavo Tepedino (2011) intitulado “Nexo de causalidade: conceito, teorias e aplicação na jurisprudência brasileira”.

genitora teria exercido o direito ao aborto e, conseqüentemente, o filho não teria nascido e não haveria os danos alegados. Logo, a omissão dos profissionais da saúde é responsável pelo resultado danoso, estando configurado o nexo de causalidade.

3.4.2. *Wrongful life action*

Para analisar o nexo de causalidade na *wrongful life*, faz-se necessário determinar que dano analisar: a própria vida deficiente ou a deficiência em si? Depois incumbe relacionar o dano à conduta humana lesiva.

Partindo o pressuposto de que a vida deficiente é considerada o dano, então pergunta-se: sem o erro médico haveria vida deficiente? Não. Sem o erro médico, o aborto teria sido realizado, conseqüentemente, não haveria a vida deficiente. Logo, pode-se concluir de imediato que o nexo de causalidade foi atendido? Não. Há de serem analisados quais os deveres médicos assumidos perante do nascituro.

É bem verdade que no contrato firmado entre o médico e os genitores para o aconselhamento e acompanhamento do projeto parental surte efeitos para com o nascente (contrato com eficácia de proteção para terceiros). Dentre os deveres médicos assumidos face ao nascituro estavam o de detectar e o de informar uma anomalia fetal?

Para Amos Shapira (1998), os pais seriam os receptores da informação médica, mas a beneficiária última desta informação seria a própria criança. Em suas ponderações: “A counsellor's duty of due care is owed to the child, despite the fact that this duty can only be fulfilled in the framework of the geneticist's contact with the child's surrogates, ie, the prospective parents” (SHAPIRA, 1998, p. 370).

Por seu turno, Gisela Hildegard Kern (2007) considera que o dever de informação também interessa ao nascituro, na medida em que ele é atingido por tal violação. Para a autora, seria “arbitrário dividir entre interesses da mãe e interesses da criança e, assim, entre deveres médicos relativos à mãe e relativos à criança, como o embrião sempre dependerá do comportamento da mãe e das suas decisões que sempre atingem também o interesse do nascituro” (KERN, 2007, p. 85).

Com a devida vênia, considero que as obrigações médicas de detectar e informar uma anomalia não foram assumidas em prol do nascituro, logo não havia um dever jurídico de assim agir por parte do médico.

Defender que tais deveres atendem aos interesses do nascente parece um absurdo, uma vez que poderiam se voltar contra ele próprio, pois poderiam evitar o nascimento. Na verdade, tais deveres foram assumidos perante os genitores para atender aos interesses destes. Neste

mesmo sentido, entendeu o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal (2012, *on line*), segundo o qual o dever de informar sobre as malformações fetais só é exigível pela genitora e não pela criança.

O dever assumido pelo médico ante ao nascituro (contrato com eficácia de proteção para terceiro) foi o de realizar um acompanhamento que resguardasse, na medida de suas possibilidades, um nascimento saudável. Trata-se, portanto, de um dever que implica uma conduta comissiva. Em se tratando de *wrongful life*, ainda que o médico tivesse detectado a anomalia, ele nada poderia ter feito para assegurar o nascimento de uma criança saudável. Conclui-se, então, que não há nexo de causalidade entre a conduta omissiva do médico e o dano vida deficiente, pois não havia um dever jurídico de assim agir¹⁶.

Por seu turno, se o dano estiver configurado na deficiência em si, pergunta-se: sem o erro médico haveria deficiência? Sim. A deficiência e, conseqüentemente, seus danos (morais e patrimoniais) não podem ser atribuídos a ninguém. Nem o médico, nem os pais a provocaram. A deficiência grave e incurável foi obra do acaso, da natureza.

Em relação à *wrongful life*, falta, no entanto, o nexo de causalidade que liga o dano (deficiência) ao erro médico (falha em detectar a doença ou falta de informação)¹⁷.

3.5. Culpa

A culpa em sentido amplo constitui a reprovabilidade da conduta ilícita. Em regra, para que haja o dever de indenizar, faz-se necessária a apreciação e demonstração da culpa. Para fins de responsabilidade civil, a chamada mera culpa ou culpa em sentido estrito – que

¹⁶ Embora muitas decisões considerem que não há nexo de causalidade entre a falha médica e os danos sofridos pelo nascente com deficiência, a Corte de Apelação da Califórnia (2011, *on line*), julgando o caso *Curlender v. Bio-Science Laboratories*, concluiu: In our consideration of whether the child plaintiff has stated a cause of action, we find it instructive to look first to the statutory law of this state. Our Civil Code section 3281 provides that "[e]very person who suffers detriment from the unlawful act or omission of another, may recover from the person in fault a compensation therefor in money, which is called damages." Civil Code section 3282 defines detriment as "a loss or harm suffered in person or property." Civil Code section 3333 provides: "For the breach of an obligation not arising from contract, the measure of damages, except where otherwise expressly provided by this [106 Cal.App.3d 830] Code, is the amount which will compensate for all the detriment proximately caused thereby, whether it could have been anticipated or not". In addition, we have long adhered to the principle that there should be a remedy for every wrong committed. "Fundamental in our jurisprudence is the principle that for every wrong there is a remedy and that an injured party should be compensated for all damage proximately caused by the wrongdoer. Although we recognize exceptions from these fundamental principles, no departure should be sanctioned unless there is a strong necessity therefor. [?] The general rule of damages in tort is that the injured party may recover for all detriment caused whether it could have been anticipated or not".

¹⁷ Neste sentido, vale citar a ementa do julgamento do caso "Harriton v. Stephens", julgado pela *High Court of Australia* (2011, *on line*): There is no cause of action in negligence for wrongful life – that is, where there is a very high risk that a child in utero will be born with serious congenital disabilities, a medical practitioner looking after the health of the child's mother (and in no way responsible for the serious congenital disabilities) is under no common law duty of care to the child (as distinct from the mother) to advise the mother of this risk and the mother's right to elect to have the pregnancy lawfully terminated.

abrange a imperícia, negligência e imprudência – é suficiente para gerar a obrigação reparatória.

O art. 487º do CC português estabelece um critério legal para apreciação da culpa, que é o chamado “critério do modelo abstrato”, segundo o qual a culpa é apreciada, diante do caso concreto, através de comparação com a diligência de um bom pai de família. Sobre o tema, seguem os ensinamentos de Sinde Monteiro (2005, p. 372):

Averiguar da existência de culpa consistirá pois em comparar a conduta do lesante com a de um indivíduo normalmente prudente e diligente, dotado de uma inteligência e discernimento normais, agindo como um bom pai de família e, perguntar se este tipo abstracto de indivíduo teria podido prever ou evitar o evento que causou o dano.

Não obstante o CC brasileiro não possua nenhum dispositivo semelhante, o mesmo critério de análise da culpa vem sendo utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁸.

O ônus probante da culpa depende do tipo de responsabilidade, se contratual ou extracontratual. Como dito, na responsabilidade contratual, em regra, a culpa é presumida, enquanto que na responsabilidade aquiliana o ônus competirá ao lesado.

Para muitos autores, a culpa, na responsabilidade contratual, só será presumida se a obrigação assumida for de resultado. Se a obrigação for de meio, caberia ao lesado provar a culpa do faltoso. Neste sentido, Mauricio Tapia Rodríguez (2011, *on line*) leciona:

En la obligación de medios, la prueba del incumplimiento del contrato supone efectuar un juicio de valor acerca de la diligencia empleada por el deudor; en cambio, en la obligación de resultado no se obtuvo. Por ello, solo en este último caso es plenamente aplicable la presunción de culpa en materia contractual, pues en una obligación de medios la constatación del incumplimiento exige que la víctima prueba la negligencia del deudor.

Para tal entendimento, nas obrigações de resultado, bastaria a demonstração do inadimplemento da obrigação, ou seja, basta mostrar que o resultado contratualmente assumido não se verificou. Neste caso, a culpa fica presumida, cabendo ao devedor provar a existência dos fatores excludentes de responsabilidade.

Os contratos médicos, em sua maioria, veiculam uma obrigação de meio, pois o médico não promete a cura, mas sim o empenho, a técnica e o cuidado para atingir um determinado resultado. Neste caso, o não cumprimento de um resultado não implica inadimplência contratual. Rute Teixeira Pedro (2008, p. 106) informa que, nas obrigações de meio, “o médico incorre numa situação de incumprimento, quando se desvie do padrão de comportamento diligente e competente, a que, como profissional, deve obedecer”.

¹⁸ Vide: REsp 1037453 / PR, Relator(a): Ministro SIDNEI BENETI, Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA, Data do Julgamento: 14/06/2011. (Superior Tribunal de Justiça, 2012, *on line*).

Se o resultado não foi atingido, cabe ao paciente provar que tal fato decorreu de um comportamento negligente do esculápio, de um comportamento que não esteve de acordo com as regras de atuação médica. Por isso, na prática, nas obrigações de meio o ônus da culpa termina ficando a cargo da vítima.

As obrigações de resultado, na seara médica, constituem exceções. Nestes contratos, o profissional se compromete a um resultado específico. Logo, a falta do resultado, por si só, já gera a presunção de um inadimplemento contratual culposo por parte do devedor (médico), cabendo a este provar a impossibilidade de cumprimento devido a caso fortuito ou força maior.

Como dito, as *wrongful actions* em análise encontram-se no âmbito da responsabilidade civil contratual, envolvido um contrato de prestação de serviços médicos. Para saber se a culpa é presumida ou não, faz-se necessário, antes, analisar se obrigação assumida é de meio ou de resultado. Ambas as ações fundam-se nas mesmas condutas negligentes: falha do diagnóstico em detectar a deficiência ou falta de informação.

A realização de exames com o conseqüente diagnóstico constitui uma obrigação de resultado. Aliás, a doutrina utiliza a análise de exames como um exemplo clássico de típica obrigação médica de resultado¹⁹. O médico se compromete a apresentar um resultado e não em empenhar os esforços necessários para a leitura do exame.

Logo, nas *wrongful actions* em análise, se o resultado foi equivocado ou se não foi devidamente informada, estar-se diante de uma inadimplência contratual, cabendo ao clínico provar a impossibilidade de se atingir aquele resultado devido ao caso fortuito ou à força maior.

4. O IMPACTO DAS *WRONGFUL ACTIONS* NA SOCIEDADE

Como dito, o desenvolvimento da Medicina e da própria ciência tem proporcionado recursos inimagináveis. O problema é que tais manipulações são feitas diretamente sobre a vida humana, gerando, com isso, perplexidades. O ser humano, antes exclusivamente sujeito das relações sociais e jurídicas, passa a ser também objeto. Com isso, dificulta-se o estabelecimento de parâmetros para o valor da vida humana.

Não se nega os benefícios dos avanços científicos, mas questiona-se a reificação humana provocada pelas novas tecnologias. Será que tudo que é cientificamente possível é eticamente adequado?

¹⁹ Neste sentido, vide a obra de Carla Gonçalves (2008) e o artigo de Mauricio Tapia Rodríguez (2011, *on line*).

Ao se contratar um acompanhamento médico para a realização do projeto parental, a finalidade do contrato é assegurar o direito ao nascimento de uma criança saudável? Existe tal direito? As anomalias não fazer parte do risco da procriação, por mais que se intente evitá-las?

Nas ações analisadas, os danos morais e patrimoniais decorrem do nascimento de uma criança deficiente, deste modo, por mais que se queria fugir, é sobre vidas humanas que se decide. Dito isso, para tratar de tais ações, bastaria uma análise dos deveres contratuais e dos pressupostos da responsabilidade civil? Esta análise puramente individualista, contratualista e patrimonialista seria suficiente? Ou não, seria necessário também analisar as repercussões axiológicas dessas decisões?

Em relação às *wrongful birth* e *wrongful life actions*, Wendy Hensel (2005, p. 144) considera que no cerne do debate o ponto de vista das pessoas com deficiência não tem recebido muita atenção. Partindo do pressuposto de que a noção de deficiência traspassa um conceito biológico ou médico, sendo, antes, um conceito socialmente construído, a autora se posiciona contrariamente ao reconhecimento de tais ações. Em suas considerações, “tort law should not serve as a tool of injustice under the guise of benevolent intervention on behalf of individuals with disabilities” (HENSEL, 2005, 145).

A mesma doutrinadora (HENSEL, 2005) reconhece que a lei é uma força social que traz conseqüências tanto terapêuticas como antiterapêuticas e propõe uma jurisprudência terapêutica para as *wrongful birth* e *wrongful life actions*. Para Wendy Hensel (2005), qualquer benefício que tais ações poderiam assegurar para o autor vem à custa de humilhantes, desmoralizantes e antiterapêuticas mensagens entregues para a comunidade das pessoas com deficiência e para a sociedade em geral. A autora se posiciona, portanto, contrariamente às indenizações por nascimento indevido e por vida injusta, alegando que essas mensagens negativas são suficientes para rejeitar as ações.

Com um pensamento diametralmente oposto, Amos Shapira (1998) considera que esse tipo de ação é de interesse público, pois sabendo que seu desempenho profissional está sujeito a padrões normativos, o médico é levado a agir com habilidade e cautela e, assim, reduz-se a incidência de negligência profissional. Em suas palavras (SHAPIRA, 1998, 370-371):

There is no inherent injustice in holding genetic counsellors liable towards an impaired newborn for professional misconduct, ie, behaviour that, under the circumstances, falls short of ordinarily required standards of due care. Awareness on the part of professionals that their professional performance is subject to such normative standards of behaviour is likely to prompt them to act with skill and caution and, thereby, reduce the incidence of professional malpractice. This would certainly conform with the deterrence and prevention policy-goal of tort law. Moreover, widespread public awareness regarding the accountability of genetic

counsellors for negligent professional behaviour will likely be accompanied by an overall increase in the resort to genetic counselling; this would advance public health interests by curbing the incidence rate of genetic disorders.

An additional argument in support of imposing a legal duty of professional due care upon genetic counsellors emanates from the "damagespreading" policy-goal of negligence law. Health care organisations and professionals are generally considered to be more efficient "damagespreaders" than individual patients.

Sob uma análise puramente privatista, considero perfeitamente possível visualizar todos os pressupostos da responsabilidade civil na *wrongful birth actions*. Entretanto, a condenação atenderia ao fim ético do Direito? Quais seriam as conseqüências dessas ações para aqueles sobre cujas vidas recaem os debates (as crianças "indevidamente" nascidas)?

Por outro lado, não admitindo essa condenação não se estaria transferindo exclusivamente para os particulares os riscos de uma atividade econômica extremamente lucrativa? Em outras palavras, para os médicos, clínicas, hospitais e indústrias farmacêuticas, o lucro; para os particulares, os riscos das falhas nas atividades. O que é fazer? O que é melhor? A situação é complexa e merece ser debatida.

CONCLUSÃO

Por uma análise dos pressupostos da responsabilidade civil, conclui-se que é possível a indenização pelos danos materiais e morais decorrentes de *wrongful birth*. Neste caso específico, todos os requisitos podem ser configurados.

Já em relação à *wrongful life*, circunstância mais complexa e polêmica, apesar de originar-se do mesmo fato humano (erro médico), não vislumbro a consecução dos pressupostos da responsabilidade civil. Não há ilicitude, pois não há um direito a não nascer. Também não há nexo de causalidade entre a conduta omissiva do médico e o dano, pois o dever jurídico de informação acerca da malformação fetal direciona-se aos genitores e não ao nascituro. Por fim, se que é possível averiguar a ocorrência de um dano, dado que é impossível comparar a existência com a não-existência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Vida humana e ciência: complexidade do estatuto epistemológico da bioética e do biodireito. Normas internacionais da bioética. **Cuestiones Constitucionales**, num. 10, enero-junio, 2004. Disponível em:<<http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst10/CUC1004.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2011.

CASABONA, Carlos María Romeo. **El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

CAREY, Kristen N. Wrongful life and Wrongful Birth: legal aspects of failed genetic testing in oocyte donation. **Penn Bioethics Journal**, vol. I, 2005, p. 2. Disponível em: <http://www.bioethicsjournal.com/past/pbj1.1_carey.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2011.

COUR DE CASSATION FRANÇAISE. Arrêt du 17 novembre 2000 rendu par l'Assemblée plénière. Disponível em: <<http://www.courdecassation.fr>>. Acesso em: 02 dez. 2011.

COURT OF APPEALS OF CALIFORNIA. Second Appellate District, Division One. June 11, 1980. Curlender v. Bio-Science Laboratories. Disponível em: <<http://www.lawlink.com/research/caselevel3/56757>>. Acesso em: 02 dez. 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Volume 1: Teoria Geral do Direito Civil. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FRADA, Manuel Carneiro da. **A própria vida como um dano? Dimensões civis e constitucionais de uma questão limite**. Disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=71981&ida=7238>. Acesso em: 28 nov. 2011.

GODOY, Gabriel Gualano. **Acórdão Perruche e o direito de não nascer**. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, área de concentração em Direito das Relações Sociais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2007.

GONÇALVES, Carla. **A responsabilidade civil médica: um problema para além da culpa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

GROBE, Rachel Tranquillo. The future of the “wrongful birth” cause of action. **Place Law Review**, vol. 12, p. 717-756, 1992.

HENSEL, Wendy F. The disabling impact of wrongful birth and wrongful life actions. **Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review**, p. 141-195, vol. 40, 2005.

HIGH COURT OF AUSTRALIA. *Harriton v. Stephens*. [2006] HCA 15. Disponível em: <<http://www.federationpress.com.au/pdf/HarritonvStephens.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões. **Direitos Culturais**, v.2, n.3, p. 63-72, 2007.

HIRSCH, David. Rights and responsibilities in wrongful birth/ wrongful life cases. **The University of New South Wales Law Journal**, Vol. 29, No. 2, p. 233-238, 2006. Disponível em: <<http://www.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLJ/2006/28.html>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

HOLANDA, Caroline Sátiro. **A reprodução humana assistida e o Direito: em busca de definições jurídicas para o nascituro e para o embrião humano congelado**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3873.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2011.

KERN, Gisela Hildegard. O valor absoluto da vida humana – limite para a responsabilidade civil? **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, ano IV, p. 79-88, 2007.

KERR, Ian R. Pregnant Women and the “born alive” rule in Canada. **Tort Law Review**, vol. 8, p.713-719, 2000.

LEITE, Gisele. **Considerações sobre ato ilícito**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/8632-8631-1-PB.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Volume 1. Campinas: Bookseller, 1999.

MONTEIRO, Antônio Pinto. Princípios Gerais da Responsabilidade Civil. **Revista da Escola Nacional de Magistratura**, v. 2, n. 3, abr., p. 103-112, 2007.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. **Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações**. Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1989, p. 74.

MONTEIRO, Sinde. Rudimentos da Responsabilidade Civil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Vol.2, p. 349-390, 2005.

MURTAUGH, Michel T. Wrongful Birth: the courts' dilemma in determining a remedy for a blessed event. **Pace Law Review**, vol. 27, p. 241-304, 2007.

NAZAR, Fábio Murilo. **A tutela externa do crédito**. Dissertação apresentada à Faculdade Milton Campos, Nova Lima/MG como exigência para a conclusão do curso de Pós-Graduação stricto sensu - Mestrado em Direito Empresarial, 2009.

PEDRO, Rute Teixeira. **A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado**. Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

PINTO, Paulo Mota. **Indenização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (wrongful birth e wrongful life)**. Disponível em: <http://www.fiscolex.com.br/doc_11945892_INDENIZACAO_CASO_NASCIMENTO_INDEVIDO_VIDA_INDEVIDA_WRONGFUL_BIRTH_WRONGFUL_LIFE.aspx>. Acesso em: 21 nov. 2011.

RAPOSO, Vera Lúcia. As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica. **Revista portuguesa de dano corporal**. Ano XIX, nº 21, Dezembro 2010.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio res inter alios acta, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 93, v. 821, p. 80-98, mar. 2004.

RODRÍGUEZ, Mauricio Tapia. Responsabilidad civil médica: riesgo terapêutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales. **Rev. Derecho (Valdivia)**, Valdivia, 2011. Disponível em:

<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000200004&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: nov. 2011.

SAVELL, Kristin. Is the 'Born Alive' Rule outdated and indefensible? **Sydney Law Review**, vol. 28, p. 626-664, 2006.

SHAPIRA, Amos. 'Wrongful life' lawsuits for faulty genetic counselling: should the impaired newborn be entitled to sue? **Journal of Medical Ethics**, 369-375, 1998.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelo ordenamento brasileiro.** Disponível em: <<http://patriciafontanella.adv.br/wp-content/uploads/2011/01/A-possibilidade-de-recep%C3%A7%C3%A3o-de-novas-modalidades-de-danos-pelo-ordenamento-brasileiro..pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2011.

SIMÕES, Fernando Dias. Vida indevida? As acções por wrongful life e a dignidade da vida humana. **Revista de Estudos Politécnicos**, vol. VIII, nº 13, p. 187-203, 2010.

STRETTON, Dean. The birth torts: damages for wrongful birth and wrongful life. **Deakin Law Review**, vol. 10, nº1, p. 319-364, 2005.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PORTUGAL. Processo: 01A1008, Nº Convencional: 1ª SECCÃO, Relator: PINTO MONTEIRO, Data do Acórdão: 19/06/2001. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a58b8e01db0db488802577a80046c040?OpenDocument>>. Acesso em: 14 ago. 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no Ag 744181/RN, Relator(a): Ministro Sidnei Beneti, Órgão Julgador: Terceira Turma, Data do Julgamento:11/11/2008, Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 26 nov. 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1037453 / PR, Relator(a): Ministro SIDNEI BENETI, Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA, Data do Julgamento: 14/06/2011. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1037453&b=ACOR>. Acesso em: 20 ago. 2012.

TEPEDINO, Gustavo. Nexo de causalidade: conceito, teorias e aplicação na jurisprudência brasileira. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital da (Coord.). **Responsabilidade civil contemporânea**: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011.

THE SUPREME COURT OF NEW JERSEY. Gleitman v. Cosgrove. Disponível em: <http://174.123.24.242/leagle/xmlResult.aspx?page=3&xmldoc=19677149NJ22_160.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985&SizeDisp=7>. Acesso em: 05 dez. 2011.

U.S. SUPREME COURT. Roe v. Wade. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=410&invol=113>>. Acesso em: 04 dez. 2011.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000.