

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE/SP**

CURSO DE DIREITO

**WRONGFUL LIFE: O DIREITO DE NÃO NASCER OU A PREVALÊNCIA DA VIDA
NUA?**

Fábio Hifumi Kusaba Barbosa

Presidente Prudente/SP

2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE/SP**

CURSO DE DIREITO

**WRONGFUL LIFE: O DIREITO DE NÃO NASCER OU A PREVALÊNCIA DA VIDA
NUA?**

Fábio Hifumi Kusaba Barbosa

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Professora Ana Laura Teixeira Martelli Theodoro.

Presidente Prudente/SP

2017

**WRONGFUL LIFE: O DIREITO DE NÃO NASCER OU A PREVALÊNCIA DA VIDA
NUA?**

Trabalho de Curso aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito

Ana Laura Teixeira Martelli Theodoro
Orientadora

Alexia Domene Eugenio
Examinador

Gilberto Notário Ligerio
Examinador

“A vida pode até te derrubar, mas é você quem escolhe a hora de se levantar. ”

Mr. Han - Karate Kid (2010)

A meus pais, FÁBIO e LÚCIA,
eternas presenças.
À ANA LAURA e AMIGOS,
companhias de minha caminhada.

AGRADECIMENTOS

Ao término de um trabalho, e de longa caminhada, muitas pessoas foram imprescindíveis para essa fase que está quase ao seu fim.

Agradeço primeiramente aos meus pais que sempre me motivaram e me apoiaram em tudo me dando todo o suporte necessário ao longo de minha caminhada, que apesar da distância o meu pai sempre esteve presente aqui comigo me motivando e incentivando a crescer e buscar cada vez mais conhecimento, a minha mãe que apesar das dificuldades que vem enfrentando nunca deixou de me mostrar o que realmente importa nesta vida, o AMOR, aos meus pais eternos agradecimentos.

Agradeço a minha irmã Luana Tyemi que ao longo de minha caminhada na construção desta monografia sempre esteve ao meu lado dividindo o seu conhecimento e me auxiliando nas pesquisas, traduções de texto, que sua ajuda, dedicação e empenho foram essenciais em minha longa e finda caminhada.

Agradeço a minha orientadora Professora Ana Laura Teixeira Martelli Theodoro, que se tornou uma pessoa que admiro muito, que, além de vasto conhecimento que transmitiu a mim de forma provocante em querer buscar saber mais sobre o tema de minha monografia, despertando-me vontade e foco para desvendar os institutos das wrongful acts, teve muita paciência e zelo em me auxiliar na conclusão deste trabalho. A Professora Ana Laura Teixeira Martelli Theodoro meus eternos agradecimentos por nos proporcionar discussões de temas tão novos e fascinantes do Direito.

Gostaria de agradecer a Professora Alexia e ao Professor Ligerio por terem atendido o convite de compor a banca examinadora, dispondo seu tempo e conhecimento para analisar este trabalho.

Aos amigos, Priscila Akemi, amiga de longa data, que está comigo muito antes da graduação e que tenho especial carinho por tudo que já me ajudou e proporcionou de momentos alegres, Rafael, Lucas, Pedro Bernardo, Daniely e Beatriz amigos que conheci no estágio e que espero levar para toda vida, que me proporcionaram momentos inesquecíveis e me auxiliaram no decorrer de minha caminhada transmitindo seus conhecimentos, amizade e carinho, além do que todos estes que mencionei me deram forças para conclusão deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho visa demonstrar, através de uma abordagem conceitual, as noções das expressões: “vida, dignidade da pessoa humana, vida nua, vida digna, não nascer”, confrontados com o direito de não nascer ou a prevalência da vida nua, desvendando a própria essência do objeto posto em análise e suas mudanças trazidas aos demais institutos do direito nacional e internacional. A análise foi realizada a partir da definição de vida, sua conceituação e aplicação nos institutos das “wrongful acts”. Demonstrando que tais institutos tiveram sua origem ao direito de não nascer, discorre-se sobre a implicância deste fenômeno no campo do direito. Em jurisprudências internacionais há referências históricas de tal aplicação do direito analisando casos oriundos da Europa e Estados Unidos sobre quais perspectivas este princípio se desenvolveu em nosso ordenamento pátrio. Ainda neste sentido, é feita referência a possibilidade do aborto na contemporaneidade especificamente em casos aceitáveis em nosso sistema. Após o estudo pormenorizado do contexto conceitual, adentra ao estudo dos casos práticos julgados pelas Cortes Europeias e Americanas, além da análise do entendimento que foi firmado em cada um destes julgamentos. Uma vez que a vida e o não nascer passaram a confrontar-se entre si ao longo dos tempos de modo que, o entendimento de vida digna passou a ser questão superada no direito, torna-se necessário a análise das consequências oriundas desta nova perspectiva de vida digna, direito de nascer, direito de não nascer. Mediante o material analisado conclui-se que o Brasil ainda caminha lentamente em contraste às novas faces do direito. Os métodos a serem utilizados são o dedutivo, o dialético e o histórico. Utilizando o método dedutivo, serão apreciados os entendimentos dos tribunais e assim tirar conclusões a partir das teses e entendimentos que pode se ter a partir de determinados casos já analisados. O método dialético será utilizado para, partindo de uma hipótese estruturada, contrapor-lhe a realidade e o ideal para que não haja a problemática do objeto em questão. O método histórico auxiliará na análise das mudanças que foram ocorrendo na sociedade no que se referem ao surgimento dos chamados novos direitos abordando em especial o direito de não nascer, mostrando o que o direito de não nascer trouxe pelo decurso do tempo com sua evolução, evidenciando a importância de se debater questões novas e polêmicas para a construção de nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Vida. Dignidade da pessoa humana. Vida nua. Vida digna. Direito de não nascer.

ABSTRACT

The present monograph has its aim demonstrate through a conceptual approach the notions of these expressions "life, dignity of the human person, nude life, dignified life, non born", front with the right of non born or the prevalence of nude life uncovering the own essence of the object put in analysis and the changing brought to the institutes of national and international law. The analysis was realized from the definition of life, conceptualization and application at the institutes of wrongful acts, showing in view that such institutes got their origin in the right of not born, the importance of this phenomenon in the practice of law is discussed. In international jurisprudences, there is historical references to such application of the act. Analyzing cases from Europe and the United States on what perspectives this principle was developed in our patria ordination. Still in this sense, reference is made to the possibility of abortion in contemporaneity, specifically in cases already acceptable in our system. After the detailed study of the conceptual context, the study enters of the practical cases judged by the European and American courts, besides the analysis of the understanding that was formed in each one of these judgments. After detailed study of conceptual context, the study enters on practical cases judged by European and American courts, besides the analysis of understanding that was formed in each one of these judgments. Once life and "not born" passed to confront each other over times, so that, the understanding of dignified life has passed to be overcome in law becomes necessary to analyze the consequences of this new perspective of dignified life, right to be born and right of not born. Through the material analyzed it is concluded that Brazil still walks slowly in contrast to the new faces of the law. The methods to be used are the deductive, the dialectical, and the historical. Using the deductive method, the judgments of the courts will be appreciated and thus draw conclusions from the theses and understandings that can be had from certain cases already analyzed. The dialectical method will be used, starting from a structured hypothesis, to oppose reality and ideal so that there is no problematic of the object in question. The historical method will aid in the analysis of the changes that have occurred in society regarding the emergence of the so-called new rights, especially addressing the right not to be born, showing what the right not to be born has brought over the course of time with its evolution, the importance of discussing new and controversial issues for the construction of our legal system.

Keywords: Life. Dignity of the human person. Nude life. Dignified life. Right to not born.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
2 QUESTÕES CONCEITUAIS	12
3 DIREITO COMPARADO: ORIGEM NOS TRIBUNAIS AMERICANOS.....	26
4 DIREITO COMPARADO: ORIGEM NOS TRIBUNAIS EUROPEUS	38
5 DO DIREITO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	51
CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	69

INTRODUÇÃO

Antes de nos aprofundarmos na análise do tema se faz necessário esclarecer alguns conceitos importantes que perdurarão por todo o trabalho. A conceituação das palavras-chave é de suma importância, uma vez que tais conceitos serão debatidos no Direito de Não Nascer.

No direito contemporâneo muito se tem discutido acerca do Direito de Não Nascer, oriundo da década de 90 na França, e com outros nomes nos demais ordenamentos jurídicos, por exemplo, nos Estados Unidos o instituto é tratado como Wrongful.

O Direito de Não Nascer trouxe em seu bojo expressões não pacíficas de conceituação, pois debater questões sobre a vida, vida digna, dignidade da pessoa humana, demonstram diversos posicionamentos, alguns, inclusive divergentes.

Deste modo, na pesquisa pertinente ao segundo capítulo, o método histórico foi primordial para delinear a evolução das expressões vida, vida digna, dignidade da pessoa humana, direito de não nascer, vida nua até os dias atuais.

No terceiro capítulo, a elucidação adentrou ao estudo das principais jurisprudências firmadas nos Tribunais Americanos sobre o tema em questão, em outras palavras, para melhor compreensão do trabalho, foi desenvolvido um breve estudo dos principais casos a tratarem sobre o tema demonstrando qual foi o entendimento firmado pelos Tribunais e quais fundamentos embasaram as demandas.

Em relação ao quarto capítulo, foi necessário o método histórico para apresentar a jurisprudência dos Tribunais Europeus traçando uma linha cronológica dos casos mais antigos até os mais recentes, novamente abordando as conclusões oriundas destes Tribunais.

Foi discutido, ainda, no quinto capítulo, como nosso ordenamento pátrio vê a questão do aborto, sendo considerado um crime tipificado em nosso Código Penal, salvo exceções estritamente taxativas em que tal prática é legalizada. Como houve uma evolução jurisprudencial com o julgamento da ADPF nº 54, pelo Supremo Tribunal Federal, possibilitando que em casos de anencefalia a mãe opte

por abortar. Ainda, foram discutidos os olhares diferentes quando debatemos questões sobre a vida, sobre o não nascer, trazendo julgados que mais se assemelham sob a ótica do direito de não nascer oriundo das jurisprudências européias e americanas utilizando do método histórico. O método dedutivo foi essencial, pois, somente foi possível obter as conclusões a partir das teses e entendimentos dos determinados casos já analisados.

Por fim, para a realização e conclusão do trabalho foi utilizado o método dedutivo, utilizando de artigos científicos, legislação, doutrina e jurisprudências para compreender os conceitos e elucidar de forma clara a presente pesquisa e concluir o seu objetivo.

Findo a parte introdutória passaremos a conceituação das expressões de suma importância e com uma vasta gama de posicionamentos, tentando trazer os mais diversos conceitos nas mais diversas áreas do conhecimento e relacioná-los com o tema em questão.

2 QUESTÕES CONCEITUAIS

Primeiramente, conceituaremos a expressão “vida” nas suas mais diversas concepções, buscando seus conceitos nas mais distintas áreas do conhecimento.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, consagra em seu art. 5º, o Direito a Vida, sendo ela um direito fundamental inviolável, trazendo raríssimas exceções em que a vida poderia ser disposta, sendo que tais hipóteses se restringem a gravidez que coloca em risco a saúde da gestante, e que portanto o aborto seria a única forma eficaz de evitar um mal maior, e a gravidez que resulta do estupro, nesta última o legislador, ainda que de forma inconsciente, preferiu proteger e preservar a saúde mental, psicológica da mulher em detrimento da vida, de uma vida que poderia ser digna de ser vivida.

Assim dispõe o art. 5º:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

Em uma primeira análise podemos entender “vida” como sendo o início de tudo, ou seja, a gestação de um novo ser, o adquirir direitos, a concepção do espaço tempo entre a concepção e a morte, a condição de não morte, é um processo contínuo de relacionamentos.

Segundo o dicionário online Aurélio (sp.), a vida pode ser conceituada da seguinte forma: “O período de tempo que decorre desde o nascimento até a morte dos seres”.

Por esta análise conceitual, vemos a “vida” como sendo uma etapa inerente ao nascimento de um novo ser, perdurando por toda a sua fase, ou seja, nascer, crescer, reproduzir e, por fim, morrer. Sendo um desencadear de uma fase a qual todos os seres humanos, logicamente, tendem a passar.

Segundo Lorena Verli (2016, sp.), podemos extrair pelo menos quatro linhas de pensamento, mais relevantes, acerca do começo da vida. Sendo elas:

linha do pensamento da fecundação, fixação do óvulo no útero, formação do sistema nervoso e pronto para sobreviver.

Seguindo a linha do pensamento da fecundação o começo da vida se dá após 12 e 48 horas da relação sexual, momento em que o espermatozóide penetra no óvulo.

De outro modo, na linha do pensamento da fixação do óvulo no útero a vida começa entre o sétimo e décimo dia da gestação, momento em que o embrião encontra-se nas paredes do útero, lugar aonde irá se desenvolver nos próximos nove meses.

Por outro lado, na linha do pensamento da formação do sistema nervoso o início da vida seria por volta do décimo quarto dia após a fecundação do espermatozóide com o óvulo, tornando-se o óvulo um blastocisto e as células começariam a se desenvolver, dando origem aos sistemas que compõe o ser humano, tais como o digestivo e o nervoso.

Por fim, uma quarta linha de pensamento que acredita no começo da vida quando o embrião estivesse pronto para sobreviver, ou seja, para os adeptos desta linha de pensamento a vida inicia-se quando o embrião já tem todos os seus órgãos minimamente desenvolvidos, o que possibilitaria sua vida fora do útero.

Apesar de o Brasil ser um país laico, ou seja, um país sem uma religião oficial, aceitando e respeitando as mais diversas formas de religiosidade, ainda sofre grande influência da Igreja Católica, do catolicismo, sendo esta considerada a religião com um maior número de adeptos, mesmo sofrendo quedas nos últimos anos. No ano de 2010, último levantamento feito pelo IBGE o número de católicos romanos correspondia a 65% da população brasileira, enquanto que a segunda religião com mais adeptos, ou seja, os evangélicos pentecostais ou neopentecostais correspondiam a 13,4%.

Diante disso, um dos adeptos da linha do pensamento da fecundação é a Igreja Católica, catolicismo, que contempla o início da vida com a fecundação, portanto, sendo contra o aborto e toda e qualquer forma de manipulação genética, em que a vida seria um “dom divino.”

Incontestável que a ciência desde os seus primórdios vem contribuindo na conceituação de grandes temas e auxiliando na construção do conceito mais próximo do aceitável e com isso auxilia na construção jurídica acerca do tema.

Segundo Antonio Vasconcelos Sampaio (2009, sp.), em uma visão neurológica a ciência se valeu do princípio da morte para conceituar a vida, ou seja, usando por analogia que a morte se dá pelo fim das atividades neurocerebrais, a vida por outro lado, se daria com o início das atividades neurocerebrais.

O direito americano, baseado no common law, ou seja, o direito construído com base no posicionamento dos Tribunais, se mostra um ordenamento jurídico mais desenvolvido que o brasileiro quando discutimos questões sobre a vida e o aborto.

A Suprema Corte Americana segue a linha do pensamento que para determinarmos o início da vida precisamos observar a capacidade do feto de sobreviver fora do útero e que o faz um ser independente. Adotando esse posicionamento, a Suprema Corte Americana se mostrou favorável ao aborto.

A Suprema Corte de New Jersey inclusive revolucionou o direito americano com o caso *Gleitman vs Cosgrove*, em que trouxe as expressões *Wrongful life* e *Wrongful birth*, no caso em questão os pais de Jeffrey propuseram uma ação pelo fato de seu filho ter nascido deficiente e o médico ter se quedado inerte a respeito, porém a Suprema Corte foi muito além do pedido formulado pelos pais de Jeffrey, discutindo que o processo não dependia que Jeffrey nasceu com deficiência, ao invés de ter nascido sem ela, mas pelo simples fato que Jeffrey não deveria ter nascido. Surge o início da discussão acerca da vida nua, vida digna e prevalência de uma vida nua.

Diante todo o exposto, chegar a um conceito sobre vida parece impossível, porque esse debate é influenciado por valores religiosos, políticos e morais.

Depois de uma análise breve e sucinta, trazendo os mais diversos conceitos acerca do tema “vida” e do momento de seu início, passaremos agora para a análise das expressões “vida digna” e “dignidade da pessoa humana”, relacionando-as.

A conceituação da expressão “dignidade humana” não é algo que surgiu na contemporaneidade, mas sim em um debate que segue ao longo das décadas, desde os primórdios do direito.

O nascimento da “dignidade da pessoa humana” foi logo após a Segunda Guerra Mundial, onde valores e princípios estavam distorcidos, a vida não tinha o status a qual tem hoje, direitos sequer existiam, prevalecia no período da

Guerra um mundo sombrio e nebuloso, na qual ideologias extremadas conduziam a sociedade para um verdadeiro caos.

A “dignidade da pessoa humana” surge então como um valor indispensável para a instauração de um Estado Democrático de Direito. Neste sentido, constituições ao redor do mundo passaram a consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana como uma forma de proteger as gerações futuras e repudiar toda a neblina vivida no período de Guerra.

Segundo Rizzatto Nunes (2009, p. 48), a Constituição da Alemanha Ocidental pós-guerra, trouxe em seu artigo inicial a seguinte afirmação: “A dignidade humana é intangível. Respeitá-la, e protegê-la é a obrigação de todo poder público.”

Destaca-se que, a Alemanha entendeu que o período vivido por ideologias extremadas, como foi o nazismo, deve ficar no passado e verificou-se a importância de conscientizar e preservar a dignidade da pessoa humana cabendo ao poder Estatal garantir tal direito fundamental e inerente a todo e qualquer ser humano.

As primeiras cartas constitucionais brasileiras não vinham em seu corpo à expressão dignidade da pessoa humana, somente na Constituição brasileira de 1934, no contexto de seu art. 115º, previu: “a todos existência digna.”

A partir da Constituição Federal de 1988, que traz características marcantes na proteção dos direitos fundamentais, que teve como escopo uma árdua luta num cenário de pós-ditadura militar e abertura política, mostrou-se o sentimento de proteção de seus cidadãos e de garantias fundamentais a eles asseguradas.

Visto as questões introdutórias acerca do nascimento da dignidade da pessoa humana em um contexto mundial, observa-se que a sua exata conceituação é um trabalho árduo e dificultoso, uma vez que se trata de um assunto de grande amplitude e complexidade no cenário mundial.

Portanto, em linhas gerais, podemos conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana como sendo um valor moral e espiritual inerente a toda pessoa, sem distinção de cor, raça ou etnia, que dele se extrai o ponto máximo de um estado democrático de direito. Assim sendo, nos dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 62), conceitua dignidade da pessoa humana:

[...] 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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Tal princípio da dignidade da pessoa humana pode ser considerado como um embrião ou uma matriz geradora de outros tantos princípios que rodeiam o nosso ordenamento jurídico, tendo amplitude inclusive internacional. Graças aos valores nele contidos podemos extrair tantos outros princípios de proteção aos direitos individuais, por exemplo, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que foi instituído pela Lei 13.146 de 06 de Julho de 2015, que baseado no princípio maior da dignidade da pessoa humana trouxe direitos e garantias individuais às pessoas com deficiência para um tratamento mais igualitário na sociedade em que vivemos.

O direito a vida digna sofreu mudanças em seu paradigma ao longo dos tempos. A vida deixou apenas de ser o simples fato de “respirar”, passando a atribuir a ela outras discussões quanto a sua qualidade e dignidade. Eis que surge a expressão “vida digna”, “vida digna de ser vivida.” E como corolário desta nova visão acerca da vida surge o direito a morrer com dignidade e até mesmo o próprio direito de não nascer, ou seja, o simples fato da prevalência de uma vida que possa ser considerada nua ou inviável de ser vivida nasce à possibilidade de não se querer viver uma vida que não poderia ser, na sua acepção mais aceita, completa.

A vida é um valor inerente ao homem, e dentro de sua amplitude podemos tirar expressões como “vida digna.” A partir do momento em que atribuímos valor a “vida” nasce um caráter associativo de pessoas, sendo a dependência de um para com os outros por várias necessidades, por exemplo, os cuidados da mãe para com seu filho recém-nascido.

Tem-se que a “vida digna”, o viver dignamente ou com dignidade deve ser entendido na mais vasta concepção da palavra, ou seja, deve ser entendido como aquela vida em que o indivíduo poderá usufruir de todos os seus direitos, liberdades e garantias, aquela em que o indivíduo será aceito e conviverá livremente na sociedade em que vive, sem ter que passar por nenhuma restrição que possa interromper totalmente o seu viver.

Neste viés, não se pode apenas querer proteger a vida humana a todo e qualquer custo, prolongando a vida por meio de aparelhos tecnológicos ou quaisquer outros meios.

Em um Estado Democrático de Direito onde o foco principal é a proteção do indivíduo e de suas garantias individuais, permitir que uma vida indigna exista, negligenciando a vida digna é antes de qualquer coisa, trazer para o indivíduo uma gama enorme de sofrimentos desnecessários a ele próprio e a todos os seus familiares.

Portanto, aceitar uma “vida digna” é ao mesmo tempo estar em conformidade com a vida e proteger uma garantia do ser humano em optar por viver ou morrer. Assim, a vida prolongada só poderia ser exigível e passível de aceitação se oferecesse algum benefício à pessoa, ou seja, fazer um sobrepeso dos benefícios que o prolongamento traria sem, contudo, esquecer do viver dignamente e do morrer dignamente.

E mais, não seria admissível que o direito a vida, constitucionalmente garantido por nossa Magna Carta e por ordenamentos esparsos, que conta com exclusiva proteção de convenções e tratados internacionais, se torne um dever de sofrimento, ou seja, um dever viver.

A apologia a morte não faz prosperar quando estamos diante de evitar um sofrimento acarretado por um longo período de doença, mas estamos de certa forma defendendo a vida, pois o processo de morrer integra a própria vida, sendo uma parte desta.

Assim, se a dignidade da vida humana é constitucionalmente assegurada e se morrer é parte do viver podemos pensar no por que não assegurar ao indivíduo morrer com dignidade.

Sendo que, o morrer com dignidade seria a absoluta autonomia neste ciclo final da vida, dizendo não ao sofrimento físico e psíquico intolerável e estabelecendo um momento exato em que não é mais possível prosseguir com a vida que perdeu a capacidade relacional na qual o indivíduo se encontra completamente inserido no tecido social que o envolve.

Em entrevista concedida para o projeto Papeando com Pamplona, disponível no site Revista Direito, tendo como entrevistador o Prof. Rodolfo Pamplona Filho e como entrevistado o Ministro Luiz Edson Fachin dentre os

assuntos debatidos foi colocado a questionamento o entendimento do Ministro a respeito do tema viver e morrer com dignidade.

Nas palavras do Ministro ele destaca que “o conceito de dignidade do ponto de vista jurídico sofre uma espécie de redução da sua complexidade porque a dignidade é como uma estrela que ilumina muitas pontas e o direito acaba acolhendo alguma dessas pontas”.

Ainda, o Ministro destaca em suas palavras que “o mínimo existencial para a realização do projeto de vida corresponde a uma destas dimensões da dignidade”.

O Ministro finaliza seu raciocínio explanando que “os valores existenciais demarcam o sentido da possibilidade da dignidade como também demarcam os sentidos dos limites que a dignidade também impõe”.

Portanto, podemos entender que a vida digna seria o mínimo existencial para a realização do projeto de vida, sendo que tal projeto pode compreender as mais diversas áreas do direito, como, por exemplo, realizar os atos da vida civil. Neste mesmo viés, analogicamente podemos entender como vida indigna aquela vida cujo mínimo existencial para a realização do projeto de vida sofreu alguma alteração marcante que inviabilize, impossibilite de o indivíduo concretizar o referido projeto, ou seja, algo que rompa a ligação existente entre o mínimo existencial e a realização do projeto de vida.

Tal conceituação não pode se respingar a idéia do suicídio de pessoas depressivas ou com qualquer outro transtorno psíquico, pois vejam, estas pessoas tendem a fantasiar a morte como sendo a única saída possível para uma situação de sofrimento intolerável.

A situação de suicídio de pessoas depressivas é caracterizada por situações de vulnerabilidade psicológica, a dor aqui é emocional e a possibilidade do suicídio é uma opção viável.

Contrapondo a situação de suicídio de pessoas depressivas ou com qualquer outro transtorno psíquico ao conceito de vida digna vemos que a situação de sofrimento intolerável é diversa nos dois casos, pois temos que num primeiro momento a situação de sofrimento intolerável é marcada por um rompimento do mínimo existencial para a realização do projeto de vida, noutra situação de sofrimento intolerável é marcada pela vulnerabilidade psicológica elevada que o

indivíduo se encontra sendo que qualquer detalhe mínimo é condição apta para que tire sua própria vida.

Por fim, o Ministro quando questionado sobre o morrer com dignidade argumentou que “para que aquele que construiu uma história de vida não se sinta aprisionado num corpo que não lhe dá mais suporte a este projeto de vida é fundamental que haja a possibilidade de construir essa passagem...”. Esta passagem seria o morrer com dignidade.

Conclui-se que a vida digna deve ser analisada sob duas perspectivas: a vida em sua própria acepção e o direito de optar, não restando configurada a dignidade, mas tão somente a vida nua, de preferir morrer dignamente. Ademais, o Direito não deve apenas prevalecer o posicionamento de um em detrimento do outro, mas tão somente, buscar a unicidade de ambos.

Neste entrever, surge o direito de não nascer trazendo em sua base as expressões acima conceituadas, reforçando a ideia de que a prevalência de uma vida nua, ou seja, não restando presentes a vida digna, se mostra infrutífera e não preferível de ser vivida.

Assim, nasce o direito a não querer nascer, porém, acima de tudo isso podemos ainda considerar o morrer dignamente ou morrer com dignidade, não sendo o indivíduo obrigado a sentir as dores de uma vida injusta por simples imposição legal.

Neste contexto, diversas jurisprudências ao redor do mundo passaram a olhar para o direito de não nascer e passaram a indenizar indivíduos que nasceram com problemas de saúde em virtude de erros médicos ou por decorrência genética.

Surge em meados da década de 90 na França o início do que posteriormente seria conhecido como o direito a não nascer revolucionando o direito trazendo as expressões vida injusta, prevalência da vida nua.

O famoso caso Nicholas Perruche foi uma ação proposta pelos seus pais contra o médico devido ao erro por ele cometido no diagnóstico da criança fazendo com que, devido a um diagnóstico equivocado, a mãe de Nicholas deu à luz a seu filho que apresentou todas as manifestações da Síndrome de Gregg, doença esta que provoca graves distúrbios neurológicos, surdez bilateral, retinopatia, ausência de visão no olho direito, glaucoma e doenças cardíacas.

Por conta deste cenário nítido de vida indigna, o Tribunal de Cassação da França condenou o médico por este gravíssimo erro por ele cometido no seu diagnóstico prévio que não previu a possibilidade de Nicholas nascer com tal síndrome.

O presente caso foi o escopo inicial para toda uma discussão acerca da vida e de sua proteção em contraponto com a vida que seria digna de ser vivida, o que no presente caso não se demonstrou verdade. Estamos diante de dois posicionamentos opostos, de um lado os defensores da bioética e que, portanto defendem a proteção absoluta da vida e, de outro lado aqueles que defendem a qualidade da vida, ou seja, a vida que merece ser vivida cabendo ao próprio indivíduo a sua escolha.

Uma das questões debatidas no caso Nicholas Perruche foi o fato de o médico ter privado a mãe de decidir sobre a continuidade ou não da gestação, uma vez que com a colheita do material genético torna-se quase que nítido descobrir as chances da criança nascer com alguma síndrome ou deficiência.

Observa-se, portanto que no presente caso duas violações ocorreram: uma que pelo erro médico impossibilitou a mãe de decidir sobre a continuidade ou não da gestação e outra que uma vez que deu à luz a seu filho, as dores causadas ao seu nascimento superam e são desmedidas, impossibilitando que tais dores fossem evitadas e de ter uma morte digna.

A expressão vida injusta deriva de outra expressão que surgiu no direito americano às chamadas *wrongful life*, tal expressão tem ganhado forte repercussão pela Europa e pelos Estados Unidos. As ações propostas por *wrongful life* baseiam-se no fato de erros médicos que ocasionaram o nascimento de uma criança deficiente, com anomalias graves, doenças que traduzem uma vida injusta.

Assim, demonstra Vera Lúcia (2010, p.62):

“Neste caso poderão os pais da criança apresentar dois pedidos de indenização: um em seu nome próprio, pelos danos que advêm da circunstância de ter um filho com animalidades tão gravosas (mas nesse caso estaremos perante um processo de *wrongful birth*); outro em nome da própria criança, pelo facto de esta ter nascido com semelhante doença ou anomalia (a *wrongful life* propriamente dita).”

Ainda de acordo com Vera Lúcia (2010, p. 61-62), a questão do direito de não nascer pode ser assim explanada:

“As wrongful life actions surgem quando uma criança nasce mal-formada e pretende reagir contra quem deu azo ao nascimento, ainda que não tenha provocado directamente a malformação. As acções de wrongful life são sempre interpostas pela criança (ou por outrem em seu nome, dado que muitas vezes falamos de um menor e/ou incapaz) nascida nestas condições, e podem dirigir-se contra os médicos e instituição hospitalar e mesmo – sendo esta a hipótese mais controvertida – contra os pais.”

Conclui-se que as wrongful life actions e as wrongful birth actions surgem do direito de não nascer, sendo que estas se diferem das primeiras no que tange ao indivíduo a ser indenizado. Enquanto as wrongful life são interpostas em nome da criança que sofreu as dores do nascimento, as wrongful birth são interpostas pelos pais pelo fato de terem um filho com condições de anormalidade tão gravosas.

Além disso, segundo Vera Lúcia (2010, p. 67 e 68), o direito americano trouxe alguns julgados acerca das wrongful actions, um dos casos julgados pela Suprema Corte da Califórnia foi o caso *Curlener vs Bio-Science Laboratories*, em que uma criança portadora da doença de Tay-Sachs, doença esta que causa uma deterioração progressiva das células nervosas e de habilidades físicas e mentais, a qual começa nos primeiros meses de vida e geralmente resulta em morte em torno dos quatro anos de idade, e seus pais acionaram o laboratório que foi procurado para realizar exames acerca da possibilidade da criança nascer ou não com a referida doença. Portanto, pelo fato do laboratório ter emitido um juízo negativo a Suprema Corte da Califórnia decidiu por condenar o laboratório pela criança efetivamente ter nascido avaliando o seu direito de ser ressarcida pelos danos que sofreu.

Outro caso emblemático do direito americano se deu em meados da década de 60, sendo inclusive anterior ao próprio direito de não nascer oriundo da década de 90 na França. O caso *Gleitman vs Cosgrove* se deu por um erro médico ao diagnosticar uma deficiência do feto, ocasionando o seu nascimento. Sendo assim, os pais de Jeffrey Robert Gleitman entraram com uma ação de Wrongful life em nome de seu filho perante a Suprema Corte de New Jersey. A aludida Corte então decidiu que o processo movido pelos pais de Jeffrey não dependia do fato de Jeffrey ter nascido com deficiência em vez de ter nascido sem ela, mas sim do fato de que Jeffrey simplesmente não deveria ter nascido. Em outras palavras, Jeffrey

figurou como o autor, ainda que por representação, de uma ação que considerou danosa a conduta do médico que teria impedido sua mãe de abortá-lo.

O Brasil ainda caminha a passos lentos quando o assunto é o direito de não nascer, pois em um país que tem a vida como um de seus princípios fundamentais e norteadores de seu sistema se mostra quase que inconciliável se pensar nas teorias de nascimento injusto e vida injusta e no conseqüente direito a não nascer.

Um dos pressupostos de nosso ordenamento jurídico para que a pessoa possa exercer seus direitos e deveres é a própria existência do ser, ou seja, é a própria vida, sendo assim fica impensável imaginar alguém exercendo direitos sem sequer ter adquirido personalidade ou que representantes seus decidam sobre sua vida, sem o maior interessado ter a capacidade de decidir sobre seu futuro.

Segundo este raciocínio, é ilógico pensar na mãe decidindo em nome de seu filho que ainda não nasceu que sua vida é injusta e, portanto preferindo que então que ele não tenha nem nascido. Ora, o direito brasileiro não trouxe ainda os conceitos de vida injusta, vida indigna, vida nua, para nosso ordenamento só a vida merece proteção e qualquer violação ou atentado contra a vida merece uma reprimenda maior.

Tanto é assim que nosso Código Penal (Decreto-Lei nº 2848/40) criminaliza condutas que atentem contra a vida dos indivíduos que sequer nasceram tais condutas incriminadoras estão dispostas nos arts. 124 a 128. Percebe-se nítida proteção à vida em nosso ordenamento tanto na nossa Magna Carta quanto nas Legislações esparsas.

Porém, esse entendimento de proteção máxima da vida mostrou-se flexível para o Supremo Tribunal Federal, a mais alta Corte de nosso ordenamento jurídico, decidir em 12 de Abril de 2012 a ADPF nº 54 (Arguição de descumprimento de preceito fundamental), ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), por maioria de seus votos, que teve como relator o Ministro Marco Aurélio, a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal.

Na presente ADPF foi discutido que o feto anencéfalo, ou seja, aquele que possui uma má formação rara no tubo neural, caso nasça sobreviveria por pouquíssimas horas e num sopesar de valores entendeu-se que a sua vida não

poderia ser preservada a todo custo em detrimento dos direitos básicos da mulher garantidos na Constituição, sendo eles: dignidade da pessoa humana, a saúde a integridade física e psicológica da mãe.

Nesse sentido, destacou o posicionamento do Ministro-relator Marco Aurélio, que nos seus dizeres: “A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher.”

Ainda segundo o Ministro-relator: “Cabe à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez.”

Neste mesmo diapasão o Ministro-relator ainda sustentou: “No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível. O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura.”

Podemos concluir pelos dizeres do Ministro-relator que não há de se falar em direito a vida quando se trata de uma vida sem potencial, ou seja, de uma morte segura, e que, portanto, não poderíamos colocá-la em jogo contra os direitos da mulher.

Assim, o julgamento da questão trouxe novas perspectivas acerca da problemática do tema em nosso ordenamento jurídico abrindo possibilidades de se pensar em um direito a não nascer e as questões atinentes a vida injusta ou inviável de ser vivida, não na acepção em que foi criada, mas valendo-se de seus preceitos norteadores criarem a possibilidade de expandir a legalização do aborto.

O nosso ordenamento jurídico penal possibilitou a legalização do aborto sobre duas vertentes: o aborto necessário ou terapêutico, disposto no art. 128, I, do Código Penal, em que se permitiu o aborto quando presentes dois requisitos: a vida da gestante corra perigo de vida em razão da gravidez e não exista outro meio para salvar sua vida.

Em uma primeira análise mostra-se nítido o sopesar de valores neste inciso I, do art. 128 do Código Penal, uma vez que o legislador preferiu preservar uma vida já existente e em potencial em detrimento de uma futura vida que poderia vir a nascer, que, no entanto, colocaria em risco a vida em potencial da mulher. Em outras palavras a vida digna foi colocada em jogo com uma vida futura, que poderia ou não ser digna também.

Outra hipótese de legalização do aborto prevista em nosso ordenamento jurídico encontra-se disposta no inciso II, do art. 128, do Código Penal, em que se permitiu o chamado aborto humanitário, sentimental, ético ou piedoso, presentes tais requisitos: o aborto deverá ser praticado por médico, deverá existir o consentimento válido da gestante ou de seu responsável legal (nos casos de incapaz) e que a gravidez resulte de estupro.

Percebe-se que nesse inciso II, do art. 128, do Código Penal, o legislador optou por preservar a integridade física, psicológica e moral da mulher, direitos garantidos constitucionalmente, em detrimento de uma possível vida viável advinda de uma grave violação ao direito da mulher de se autodeterminar e escolher o pai de seu filho.

Portanto, atualmente há em nosso sistema duas possibilidades legalmente aceitas, sendo uma jurisprudencial, em que tornou-se a supremacia da vida menos rígida em detrimento de outros direitos e garantias fundamentais previamente estabelecidos em nossa Magna Carta: as hipóteses legais do aborto previstas no Código Penal, art. 128, e a possibilidade de abortar o feto anencéfalo pelo julgamento do Supremo Tribunal Federal da ADPF nº 54.

Deste modo, diante da exposição conceitual do tema foi possível compreender brevemente que o direito de não nascer e as expressões vida digna, dignidade da pessoa humana, vida nua tornaram-se palco de grandes discussões ao longo do tempo e que repercutem até hoje no mundo contemporâneo. A partir da breve exposição do assunto é possível trazer uma conclusão a seu respeito.

O direito de não nascer, que tem seu palco de maior atuação nos países da Europa e nos Estados Unidos, trouxe as wrongful actions que buscam a indenização aos pais e a própria criança pelos erros médicos cometidos que levaram ao nascimento de uma vida totalmente inviável de ser vivida, trazendo não só prejuízos de ordem psicológica, física e moral para a mãe e seus familiares que suportaram a dor de ter um filho com uma doença grave, mas também pelo fato do próprio nascimento dessa criança que, segundo alguns, não deveriam nem mesmo ter nascida, evitando assim, as dores de um nascimento injusto.

A sua aplicabilidade em nosso ordenamento jurídico se mostra problemática uma vez que prevalece a supremacia da à proteção da vida, instituto fundamental e norteador de todo nosso sistema garantido pela nossa Constituição. E não há de se pensar no exercício de direitos de não nascer, uma vez que a própria

existência do ser se faz necessário para que ele adquira direitos e garantias fundamentais, sendo ilógico imaginar o exercício de um direito sem ao menos ter adquirido personalidade e capacidade livre de escolha.

Porém, o Brasil se mostra indiferente apenas no tocante às questões que envolvam o direito de não nascer, justamente devido aos parâmetros legislativos nacionais, no entanto, é mister saber que os erros médicos ou atitudes que causem algum dano ao feto, poderá o prejudicado requerer indenização, tal entendimento é perfeitamente passível na doutrina.

Por sua vez, o ordenamento jurídico brasileiro não pode se manter inerte diante das questões advindas ao direito de não nascer, devendo mudar os seus parâmetros e se adequar a nova crise do direito contemporâneo.

Por fim, conclui-se que o direito de não nascer trouxe uma nova perspectiva de vida até então não discutida, levando em consideração não apenas o simples fato do direito de nascer e, por conseguinte viver, mas de nascer dignamente, de desfrutar de uma vida saudável e passível de ser vivida e não de suportar as dores de uma vida injusta. Na contemporaneidade há outros valores fundamentais além da vida e que devem ser respeitados e protegidos, cabendo ao legislador se adequar as novas facetas do direito atual.

3 DIREITO COMPARADO: ORIGEM NOS TRIBUNAIS AMERICANOS

Do que se conhece na jurisprudência mundial, o início das ações de wrongful birth e wrongful life originou-se nos Estados Unidos com diversos casos julgados por seus Tribunais.

Segundo Dias Pereira (2015, p. 252) nas ações propostas por wrongful birth a concepção é desejada, porém, o nascimento da criança é indesejado devido ao fato da mesma ser deficiente ou malformações graves que inviabilizem o seu nascimento digno. Ainda, segundo Dias Ferreira (2015, p. 252) o nascimento de uma criança em tais condições demonstra o grave descaso com os pais desta criança que foram impedidos de exercer a possibilidade de interromper a gravidez.

Para Raposo (2010, p. 61-99) as ações fundadas por wrongful life a criança nasce com malformações ou deficiências e pretende ela mesma reagir contra quem possibilitou o seu nascimento, mesmo que não tenha provocado diretamente a malformação ou deficiência. Ainda, González (2014, p. 11) complementa o raciocínio de Raposo demonstrando que o dano concretamente sofrido reside em ter que existir com deficiência, uma malformação que jamais se geraria se não tivesse nascido, é o que ele chama de dano de viver.

Diante o surgimento de tais ações e do debate por elas criado o direito americano se viu em uma situação de ter que decidir sobre, desde então os tribunais americanos passaram a ter que decidir sobre a enxurrada de ações por wrongful birth e wrongful life que chegaram até eles. Traremos os casos mais emblemáticos do direito americano acerca do tema.

A expressão wrongful life foi utilizada pela primeira vez no direito americano no caso Zepeda vs Zepeda, caso este julgado pelo Tribunal do Estado de Illinois no ano de 1963. O caso se tornou emblemático uma vez que foi uma ação proposta pelo filho em face de seu pai devido ao fato deste ter nascido ilegítimo. Conforme narra o caso Zepeda não tinha qualquer deficiência ou malformação, porém, intentou a ação buscando ser indenizado.

Ainda conforme o caso, Zepeda alegava ter uma vida indevida porque tinha sido concebido fora do casamento, mediante relações sexuais induzidas por falsas promessas de casamento, uma vez que seu genitor tinha convencido sua mãe

a manter relações sexuais com a promessa que um dia se casariam fato este que nunca ocorreu, e a criança nasceu com o estigma de ilegitimidade.

Pela época que este fato ocorreu, uma sociedade que não reconhecia filhos havidos fora do casamento, concebidos de forma ilegítima, trouxe a Zepeda diversos prejuízos para sua vida o seu nascimento, sendo tais prejuízos em sua vida profissional devido à discriminação que sofrera, por isto propôs a ação no intuito de ser ressarcido sobre tais prejuízos, no entanto, tal ação foi julgada improcedente pelo Tribunal.

Segundo Hensel (2005, p. 155) ressaltou que o caso Zepeda vs Zepeda se difere de outros casos tradicionais de ações fundadas em wrongful life, cuja base de fundamento é a criança que nasceu deficiente que poderia não ter nascido se os pais fossem informados sobre tal risco e optassem pelo aborto. No presente caso a ação foi fundamentada na ilegitimidade do nascimento.

Em sua primeira aparição a expressão wrongful life generalizou em contraposição a expressão wrongful death. Nessas ações por wrongful death o pedido principal tinha por base a vida que deveria ter continuado e que foi colocada a termo. Podemos observar ainda que, em sua primeira aparição no direito americano a wrongful life fugiu de seu conceito de ação proposta pela criança que nasceu com malformações ou deficiências frente àquele que possibilitou seu nascimento tendo como fundamento basilar de seu pedido a vida ilegítima que levava e que na época ocasionou prejuízos para sua vida.

No ano de 1967 outro caso foi apresentado aos tribunais americanos, este julgado no Supremo Tribunal do Estado de New Jersey denominado Gleitman vs Cosgrove foi o primeiro litígio que trouxe as duas ações, ou seja, ações por wrongful life e wrongful birth.

No presente caso, os pais de Jeffrey Robert Gleitman acionaram a Supremo Tribunal do Estado de New Jersey devido ao fato de seu filho ter nascido com retardamento mental, sérias deficiências de visão, audição e fala devido ao fato de sua mãe, no período de gravidez, ter contraído rubéola, tal enfermidade foi diagnosticada ainda durante a gravidez pelo médico responsável, porém, o médico havia informado que tal doença não traria qualquer prejuízo ao feto, fato este que não ocorreu e a criança nasceu com várias malformações.

No julgamento da demanda a Suprema Corte de New Jersey recusou-se a conceder a indenização na circunstância descrita, cujos fundamentos foram por

razões de ordem pública e pela incapacidade de se identificar o dano frente à preciosidade da vida.

Neste sentido, Ricardo de Angel Yáguez (2001, p. 248) e Raposo (2010, p. 68) trazem o comentário de que a Corte julgou a improcedência da ação fundamentando que a criança não sofreu nenhum dano reconhecido pela Lei, portanto não cabível de indenização. Ainda, argumentam no sentido de que se torna difícil ou até mesmo impossível medir os danos e compará-los com o valor da vida e de sua existência.

Ainda, o Tribunal se mostrou receoso em poder definir diante o caso concreto a medição da diferença da vida nascida com malformações ou deficiência em contrapartida ao que se denominou “vazio absoluto da não existência”.

Outro argumento que merece destaque, nos dizeres de Peteffi (2012, p. 09) demonstra o quão difícil seria atribuir o nexo de causalidade no presente caso, pois a falha médica não corresponde à causa do nascimento da criança com tal enfermidade, uma vez que tal enfermidade já estava em sua carga genética.

Após diversas oscilações nos tribunais americanos com argumentações idênticas ao caso *Gleitman vs Cosgrove*, em 1975 o Tribunal Supremo do Texas no julgamento do caso *Jacobs vs Theimer* inverteu-se a posição jurisprudencial até então consolidada, e foi admitida a indenização com base no nascimento de uma criança com defeitos congênitos em decorrência da mãe ter adquirido no primeiro mês de gestação rubéola e o médico responsável não ter efetuado o diagnóstico correto.

Como consequência a equipe médica que de alguma forma for responsável pelo nascimento de uma criança com tal enfermidade passaram a ser condenados ao pagamento de custas extraordinárias decorrentes do nascimento da criança.

Ricardo de Angel Yáguez (2001, p. 249) comenta outro caso julgado pelos tribunais americanos cuja ação foi fundada na *wrongful life*. O caso julgado pelo Tribunal de Apelação de New York e foi denominado *Becker vs Schwartz*.

A Corte de Apelação de New York se deparou com uma situação em que a demandante foi acometida pela síndrome de down, distúrbio genético causado quando uma divisão celular anormal resulta em material genético extra do cromossomo 21, e alegou negligência médica ao não informar os pais dos riscos e problemas genéticos de uma gravidez para mulheres acima dos trinta e cinco anos

de idade, além de não fazer qualquer menção da disponibilização de provas para a detecção de tais enfermidades, porém, o Tribunal reformou a decisão que havia julgado procedente a demanda sob a alegação que a demandante não sofria nenhum dano legalmente reconhecido.

Ainda, Facchini Neto (2015, p. 445) comenta a decisão do Tribunal de Apelação de New York:

“... A Court of Appeals de Nova Iorque, passados dez anos, julgou que “a questão de saber se seria melhor nunca ter nascido do que ter nascido com graves deficiências é um mistério que deve ser deixado aos filósofos e teólogos. O direito não tem competência para resolver essa questão, particularmente levando-se em consideração que há consenso no direito e na sociedade sobre o valor da vida humana, comparada com a sua ausência”. E, que a lei nada prevê que permita reconhecer o nascimento de uma criança deficiente como um dano para a própria vida. Interrogando-se o tribunal sobre que critério a utilizar para definir a perfeição e ainda mencionou que a escolha não é entre ter nascido saudável ou ter nascido deficiente, mas entre ter nascido e não existir.”

Segundo Peteffi (2012, p. 09) e Weil (2006, sp.) a Corte acabou julgando procedente parte da demanda, tornando-se o primeiro caso de wrongful birth a ser julgado procedente em uma Corte no país. Tal decisão conferiu reparação pelos gastos adicionais que uma criança especial necessita, porém, também julgou improcedente o pedido de danos morais, uma vez que entendeu-se que o amor pela criança e o fato de tornar-se mãe seria uma experiência que está acima de qualquer deficiência.

A Corte de New York se deparou ainda, em 1977, com o caso Park vs Chessin, de forma breve a ação proposta pela criança teve como fundamento o fato dela ter nascido com a doença renal policística, enfermidade que acaba substituindo o tecido normal dos rins por cistos cheios de líquido, e os médicos não terem informado de maneira adequada os pais sobre a possibilidade da criança nascer com tal doença.

O presente caso foi considerado a primeira decisão favorável por wrongful life já decidida por um Tribunal. Na questão o Tribunal de New York considerou que a criança não reclamava pelos danos do nascimento, mas pela dor e sofrimento presentes após o nascimento que derivou de uma negligência médica anterior a concepção.

Patrick J. Kelley (1979, p. 940) transcreve parte das razões da Corte:

“O intermediário tribunal de apelações de Nova York decidiu que a criança tinha uma pretensão para a wrongful life: [O Tribunal não reconheceu anteriormente a causa da ação.] Mas os casos não são decididos no vácuo, mas sim, as decisões devem manter o ritmo com a expansão da evolução tecnológica, econômica e social. Inerente à abolição da proibição legal do aborto... É uma consideração de política pública que dá aos pais o direito potencial, dentro de certos 34 limites legais da lei e do caso, para não ter um filho. Esse direito se estende a casos em que ele pode ser determinável com a razoável certeza médica de que a criança iria nascer deformado. A violação deste direito também pode ser considerado ilícito para o direito fundamental da criança ao nascer como um ser humano funcional. (tradução livre)”

No ano de 1980, o casal Hyam e Phillis Culender procurou o laboratório Bio-Science Laboratories e a fim de realizar exames de sangue, cuja destinação era saber se carregavam os genes causadores da doença Tay-Sachs. Com os resultados negativos do exame o casal deu à luz a Shauna, porém, dias depois de seu nascimento os médicos descobriram que a criança apresentava a doença Tay-Sachs.

Segundo o site Centro de Genomas a doença Tay-Sachs é causada por uma deficiência no gene HEXA, que está localizado no braço longo do cromossomo 15. É caracterizada por fraqueza progressiva, perda de habilidades motoras, atenção diminuída e resposta de surpresa aumentada, que inicia entre três e seis meses de idade com evidências progressivas de neurodegeneração, inclusive convulsões, cegueira, espasticidade, eventual incapacitação total e morte, normalmente antes da idade de quatro anos.

Com a notícia que sua filha havia nascido com tal doença, mesmo com o resultado negativo do exame realizado no laboratório, os pais de Shauna entraram com uma ação de wrongful life e wrongful birth contra o laboratório, com o fundamento de que o mesmo havia sido negligente em dar incorretas e imprecisas informações e que isto foi à principal causa da criança ter nascido e suportado tal sofrimento.

Segundo Jackson (1995, p. 541) o presente caso chegou a Suprema Corte da Califórnia que decidiu favoravelmente a ação intentada pelos pais de Shauna, decidindo que os danos deveriam ser calculados para compensar a dor e o sofrimento a ser suportado pelo tempo de vida limitado disponível para uma criança e qualquer perda pecuniária especial resultante da condição de deficiente.

Raposo (2010, p. 68) traz o seguinte comentário acerca do julgamento da Suprema Corte da Califórnia sobre o caso Culender vs Bio-Science Laboratories:

“O Supreme Court da Califórnia começou por distinguir este caso dos anteriores e afastou a sua rejeição com base na suposta dificuldade no cálculo do dano, não considerando certas conceções morais sobre a vida que continuavam a dominar a apreciação jurídica destas questões. Segundo o Tribunal, não é relevante o facto de que a criança não houvera nascido sem a negligência do laboratório. No entanto, já considera importante a circunstância de ela ter efetivamente nascido, e é neste contexto que se deve avaliar se tem direito a ser ressarcida dos danos que sofre.”

Ainda, no ano de 1982 na Califórnia o tribunal se deparou com o seguinte caso Turpin vs Soritini.

No presente caso narra à situação em que o médico Dr. Soritini se quedou negligente ao não diagnosticar a perda auditiva de Hope como uma doença hereditária. O casal tinha dado à luz a seu primeiro filho, e devido ao fato do médico não ter informado que a perda auditiva era uma doença hereditária acabou privando os pais de uma decisão informada sobre a concepção de outra criança, que poderia da mesma forma que Joy nascer com deficiência auditiva.

Gallagher (1987, p. 1324) nos mostra que no presente caso foi usado o conceito de “direito de morrer” para refutar a ideia que toda vida é preferível a “não vida”, ficando implicitamente que a própria vida pode ser uma situação de lesão ao indivíduo. O “direito de morrer” permite que doentes terminais optem se querem passar por tratamentos que prolonguem sua vida ou não.

Aidos Wilson (2014, sp.) em comentário sobre o caso diz:

“Considera o tribunal que o problema é o de determinar se a criança sofreu de facto um prejuízo por ter nascido com a patologia em alternativa a não ter nascido. Acrescentando que, embora a avaliação da dor e do sofrimento já seja complicada numa ação comum de indemnização, ainda assim, é possível através da nossa própria experiência apreciar o que a pessoa perdeu, isto é, uma vida normal sem dor nem sofrimento. O tribunal rejeitou a concessão de uma indemnização de acordo com as regras gerais, atendendo apenas às despesas extraordinárias de aprendizagem e tratamentos impostos pela doença, que no caso era a surdez. Concluiu que numa ação de wrongful life uma criança não pode obter uma indemnização nos termos gerais por ter nascido deficiente em alternativa a não ter nascido, porém, essa criança (como também os pais) podem obter uma indemnização especial pelas despesas extraordinárias ao tratamento da sua deficiência.”

A Corte de New Hampshire, em 1986, se deparou com o caso Smith vs Cote, demanda proposta por wrongful life que figurou como polo ativo a criança.

Na presente demanda traz a narrativa da culpa médica no caso da criança ter nascido com deficiência, tal fato originou-se no segundo trimestre de gravidez ocasião em que foi realizado exame para constatação de rubéola. O exame realizado foi positivo e a criança nasceu com a síndrome de rubéola congênita.

No argumento apresentado pela mãe foi levantado a questão que o médico que cuidou de sua gravidez não informou em tempo hábil a possibilidade da criança nascer com tal síndrome e diante disso impossibilitou sua escolha em abortar a criança.

Nos dizeres de Flood (2007, p. 11, 12):

“A Corte considerou que foi negligência médica no dever de informar à paciente sobre os riscos da criança nascer com uma deficiência e julgou procedente parte da demanda para indenizar pelos custos médicos e educacionais extraordinários em virtude da deficiência, no entanto, para os custos ordinários com a educação do filho, entenderam não caber reparação. Ademais, em relação aos abalos emocionais, a Corte decidiu que não há dano moral nos casos de wrongful birth.”

Em 1988, a Suprema Corte do Colorado teve que julgar o caso denominado *Lininger vs Eisenbaum*.

Segundo Peteffi (2012, p. 09, 10) os pais e autores da ação alegavam que teriam sido equivocadamente informados pelos médicos que a cegueira do primeiro filho não tinha causas hereditárias. Logo após o nascimento do primeiro filho do casal tiveram outro filho, este também nasceu cego. Posteriormente, ambos os filhos foram diagnosticados com um tipo de cegueira hereditária e congênita.

A presente ação proposta pelos pais foi julgada procedente condenando a eventuais despesas médicas e educacionais extraordinárias decorrentes da cegueira das crianças que mesmo após atingirem a maioridade haveria a possibilidade de se tornarem dependentes dos pais.

Peteffi (2012, p. 12) ainda traz o seguinte caso *Walker vs Rinck*, julgado pela Suprema Corte de Indiana, no ano de 1992, a presente demanda foi proposta tendo em vista os sérios danos físicos e psicológicos causados no filho do casal, cuja origem foi um procedimento realizado no momento de seu nascimento que envolveu o RH do sangue de sua mãe. Diante da ação do médico e o dano causado à criança foi possível estabelecer um nexo de causalidade que foi determinante para o julgamento procedente da ação.

A Corte do Arizona no ano de 1990 se deparou com o julgamento do caso Walker vs Mart, na narrativa do caso a mãe teria procurado acompanhamento médico durante sua gravidez, contudo o médico responsável pelo acompanhamento foi negligente em não informar sobre as possibilidades de rubéola no primeiro trimestre de gravidez.

Com o nascimento da criança apresentando síndrome de rubéola congênita, a mãe então propôs a ação por wrongful birth em seu nome e representando a criança propôs a ação por wrongful life requerendo ser indenizada pelos danos extraordinários causados pelo nascimento da criança.

Jackson (1995, p. 563) ao comentar sobre o caso diz que os danos requeridos pela mãe em wrongful birth foram compensados, em contrapartida a ação proposta representando a criança em wrongful life foi julgada improcedente ao entendimento de que o nascimento de uma criança não é uma lesão legalmente percebida, tal abordagem se faz coerente quando pensamos que os médicos não foram responsáveis, ou seja, não foram os agentes causadores da doença. Ainda, sobre o argumento de que é preferível não ter nascido a ter nascido com tais enfermidades é logicamente impossível de se auferir, sendo que para tais respostas o direito ainda não tem uma posição firmada deixando a resposta para tais indagações para as demais áreas do conhecimento.

Outro caso emblemático julgado pelas Cortes americanas é comentado por Souza (2010, p. 80, 81) trata-se do caso Barder vs Johnson julgado no ano de 1997 pelo Tribunal de Indiana.

O caso se torna interessante uma vez que ocorreu uma falha de comunicação envolvendo paciente e médico que resultou no nascimento de uma criança com deficiência.

A senhora Johnson procurou o médico Dr. Baden para a realização de exames pré-natais, médico que foi responsável por suas gestações anteriores. Em um dos exames feitos no consultório médico foi constatado que o nascituro tinha uma cavidade cerebral extremamente grande e com formato não usual, foi então que foi solicitado por ele que marcasse outra consulta médica para a realização de demais exames.

Por um sério erro de comunicação a senhora Johnson não foi novamente chamada para consulta e muito menos o ginecologista foi avisado do problema que acontecia em sua gravidez, devido a este erro em momento posterior

foi realizado novo exame pelo ginecologista que constatou a doença, porém, já era tarde para que a senhora Johnson optasse pelo aborto.

Sendo assim, devido a todas estas falhas apresentadas a senhora Johnson deu à luz a uma criança portadora da doença hidrocefalia e de outras malformações, que mais tarde foram a causa da morte da criança.

O casal Johnson angustiado com a perda de seu filho propôs uma ação contra o médico e contra a instituição médica a qual fazia parte com o argumento de que houve falha no dever de informar do médico a situação que se encontrava diante os exames até então realizados, privando-os do direito de abortar.

Diante do que foi apresentado o Tribunal de Indiana, em 1997, julgou procedente a demanda proposta pelo casal Johnson com o argumento de que o casal deveria ser indenizado em virtude da negligência no dever de informar por parte da equipe médica.

No artigo de Medina (2008, p. 553) trouxe o caso Duplan vs Harper que foi julgado pela Corte de Apelação dos Estados Unidos, em 1999, semelhantemente ao caso anterior, neste presente caso houve um erro quanto a informação do exame que ocasionou no nascimento de uma criança com sérios problemas de surdez total, microcefalia, retardo mental e incapacidades motoras provocados pela doença citomegalovírus.

O julgamento na Corte foi favorável ao pedido da senhora Duplan, deste modo o Estado foi condenado ao pagamento de \$ 3.056.100,00 (três milhões e cinquenta e seis mil e cem dólares) por danos materiais, \$ 200.000,00 (duzentos mil dólares) por danos morais e \$ 2.856.100,00 (dois milhões oitocentos e cinquenta e seis mil e cem dólares) por gastos extraordinários decorrentes do nascimento da criança.

Outro caso acerca do tema que os tribunais americanos enfrentaram se deu em 2001, no caso Kassama vs Magat, julgado na Suprema Corte de Maryland.

Essa demanda se mostrou diferente das demais ações já julgadas por tribunais americanos, a peculiaridade que trouxe foi à questão de verificar os limites da responsabilidade médica e trouxe ainda novas argumentações acerca da questão.

No presente caso, a senhora Millicent Kassama realizou um procedimento de acompanhamento pré-natal com o médico Dr. Magat, no entanto, seu filho nasceu com a doença síndrome de down.

Na demanda intentada contra o médico fundamentou a questão alegando que o médico havia sido negligente no aconselhamento genético pré-natal e, portanto ajuizou as ações por wrongful life e wrongful birth.

Em uma das ações propuseram indenização referente aos danos materiais com a criação do filho portador de síndrome de down e na outra pleitearam que o médico impossibilitou o direito que tinham de exercer a escolha em ter a criança ou não.

No julgamento realizado na Suprema Corte de Maryland ambas as demandas foram julgadas improcedentes ao argumento de que a senhora Kassama contribuiu para o evento danoso, uma vez que o médico instruiu a ela que realizasse exames de sangue, sendo que a senhora Kassama teria superado o tempo exigido para a realização de tais exames. Assim, nos dizeres de Medina (2008, p. 557): “todo paciente tem o dever de cooperar com seu médico.”

Ainda, George D. Pozgar (2004, p. 360) afirma:

“... que a Corte decidiu que uma vida prejudicada não era pior que a “não vida”, e por isso, a vida por si só não pode ser considerada um sofrimento e que não havia evidências de que Ibrion não era amada e não poderia retribuir esse carinho aos pais. Alegaram, ainda, que estudos mostram que pessoas portadoras da doença podem ter uma vida produtiva e com significado, podem ser educados, ter emprego, amizades e lidar com a sociedade como um todo. Tudo isso seria a verdadeira essência da vida e muito mais valioso que qualquer dano que pode suportar.”

O caso mais recente de procedência de uma ação fundada em wrongful birth ocorreu no ano de 2012 em Portland, Oregon, tal caso foi denominado como Levy vs Oregon's Legacy Health Hospital, publicado no Daily Mail (2012, sp.).

Os autores Ariel e Deborah Levy ajuizaram uma ação buscando serem indenizados em face de Oregon's Legacy Health Hospital, cujo fundamento era negligência em seu desempenho na análise e relatório dos testes pré-natal que detectariam alguma anomalia no feto, que devido ao erro cometido levou ao nascimento de uma criança portadora da doença síndrome de Down.

Argumentam que ante a negligência do hospital ficaram impossibilitadas de optar pelo aborto, o que se caso tivessem sido alertadas optariam.

Em virtude de todos os argumentos apresentados a demanda foi julgada procedente e o hospital foi condenado ao pagamento de \$ 2.900.000,00

(dois milhões e novecentos mil dólares) para os custos extras com o nascimento da criança, cujo fundamento para a presente procedência da ação foi à negligência do hospital.

A discussão que se originou nos tribunais americanos acerca do tema é bastante complicado e polêmico, pois traz em seu núcleo questões atinentes a ação pleiteada pela própria criança se valendo de seu direito de não nascer. Ainda, aborda questões da valorização da vida, se a não existência é preferível a uma vida de sofrimento por ser portador de alguma doença ou deficiência que implique em restrições.

Diante dos julgamentos ora apresentados é possível notar que muitos dos tribunais concluíram que é impossível verificar que o não nascimento é preferível a vida prejudicada, se convertendo em uma lesão passível de compensação.

Gallagher (1987, p. 1327) diz que em geral, as indenizações concedidas são limitadas aos danos especiais gerados pela criança deficiente, quer seja as despesas extraordinárias decorrentes do nascimento.

George D. Pozgar (2004, p. 357) expõe que as ações por wrongful life são geralmente julgadas improcedentes, pelo fato das Cortes estarem relutantes por razões de políticas públicas em possibilitar a recuperação financeira pelo dano de ter nascido. Defende ainda que, o direito à vida e o princípio de que todos são iguais perante a Lei são fundamentais na Constituição e que, portanto decidir que a vida de uma criança não é passível de ser vivida é abandonar esses ideais intrínsecos na Constituição.

Kathleen Gallagher (1987, p. 1326) argumenta ainda que, uma determinação judicial favorável a estas demandas pode ser prejudicial ao preconceito enfrentado por pessoas com deficiência e o quão duro é sua integração na sociedade em que vivem, podendo trazer a ideia que estariam no mesmo grupo das pessoas que reclamam por estas ações e que fundamentam ter “vidas injustas”.

Ainda a mencionada autora (1987, p. 1330 e 1331) nos traz o seguinte argumento de que a crença na preciosidade da vida encontraria argumento para a vida ser uma lesão. Ações fundadas em wrongful life podem causar problemas quando debatemos sobre quais critérios seriam necessários para definir uma “vida sem valor” e autorizar que os pais escolham não ter a criança por entenderem que a

vida de seu filho não vale a pena ser vivida, e ainda traria a criança o questionamento futuro sobre o valor de sua existência.

Por fim, a questão ainda é bastante problemática porque a consequente procedência no julgamento dessas demandas pode ocasionar uma postura médica defensiva, disseminando um pensamento pró-aborto, uma vez que o aborto se tornaria preferível diante de tais situações haja vista de não serem responsabilizados futuramente por ter sido negligentes.

Ainda, é de se comentar que nem todos os tribunais americanos se mostram favoráveis quanto a este tipo de ação, sendo que apenas as Cortes da Califórnia e New Jersey se mostraram favoráveis quanto à aceitação das ações propostas por wrongful life e wrongful birth, conforme os julgamentos acima apresentados.

4 DIREITO COMPARADO: ORIGEM NOS TRIBUNAIS EUROPEUS

Uma das decisões mais importantes sobre wrongful life se originou na França em meados da década de 90, no famoso caso conhecido por Nicolas Perruche.

Segundo Sara Elisabete (2017, p. 13, 15) na narrativa do presente caso conta a história de Nicolas Perruche, nascido em 1983, com graves deficiências devido sua mãe no período de gravidez ter contraído a doença rubéola.

No ano de 1982 a filha do casal Perruche de quatro anos foi diagnosticada com erupções cutâneas causadas por rubéola, posteriormente os mesmos sintomas foram diagnosticados na mãe.

Com a gravidez da senhora Perruche o médico solicitou que fossem realizados exames laboratoriais para que se possa verificar se o feto havia contraído infecção intra-uterina.

O ordenamento jurídico francês admite o aborto quando comprovado que a doença da mãe é transmissível ao nascituro, sendo assim a genitora de Nicolas Perruche manifestou sua vontade de que se fosse comprovado que a doença por ela contraída no período de gravidez fosse transmissível ao seu filho optaria por abortá-lo.

Foram realizados exames laboratoriais que, por erro do próprio laboratório e do médico que a acompanhava, não detectaram nenhuma doença. A mãe de Nicolas Perruche após ser informada de tais resultados decidiu não abortar e ter seu filho.

Nicolas Perruche nasceu em 14 de janeiro de 1983 apresentando os quadros de surdez, cegueira, mentalmente atrasado e com múltiplas perturbações neurológicas provocadas pela síndrome de Gregg ou síndrome da rubéola congênita. Diante disso, os pais de Nicolas Perruche decidiram interpor uma ação em face do médico e do laboratório, exigindo serem indenizados por danos próprios e por danos do filho, sendo que nesta última ação por eles representado.

Segundo dados obtidos no Portal da Saúde, do Ministério da Saúde do Brasil, a síndrome de Gregg ou síndrome da rubéola congênita é uma complicação da infecção pelo vírus da rubéola durante a gestação, principalmente no primeiro

trimestre, podendo comprometer o desenvolvimento do feto, causar aborto, morte fetal, natimorto e anomalias congênitas.

Ainda, as manifestações clínicas podem ser transitórias, como, por exemplo, trombocitopenia (diminuição no número de plaquetas no sangue), hepatoesplenomegalia (aumento simultâneo do tamanho do fígado e do baço). Podem ser permanentes, como, por exemplo, deficiência auditiva, malformações cardíacas, catarata, glaucoma. Ou podem ser ainda tardias, como, por exemplo, retardo do desenvolvimento, diabetes mellitus (elevação da glicose no sangue).

Segundo Godoy (2007, p. 32) os pais de Nicolas Perruche representando o menor foram os autores de uma ação por wrongful life e o “fundamento jurídico do pedido de reparação de danos foi à perda da chance de exercício, por parte da mãe, do direito à interrupção voluntária da gravidez, conforme declarado ao médico na ocasião do exame pré-natal.”

Assim sendo, por negligência médica não foi constatada a doença o que ocasionou a privação da mãe em optar pela interrupção da gravidez ou não. A Corte de Cassação francesa então reconheceu que a criança tem o direito de obter reparação do dano a ele causado.

Nas palavras de Rafael Peteffi (2009, p. 11):

“O caso trilhou caminho jurisprudencial interessante, pois, em 1993, a Corte de Apelação de Paris concedeu reparação pelos danos sofridos pela Sra. Perruche, mas não concedeu indenização alguma ao recém-nascido, pois considerou que não havia nexos de causalidade entre os danos sofridos por ele e os equivocados procedimentos médicos. A Corte de Cassação, em 1996, cassou o acórdão da Corte de Apelação de Paris somente no que dizia respeito aos danos conferidos ao menor.”

Após decisões de instâncias anteriores contra a indenização ao autor, a Assembléia Plenária da Corte de Cassação, em 2000, julgou a demanda favorável fundamentando sua decisão que a negligência médica no momento pré-natal provocou a perda da chance da senhora Perruche optar pela interrupção voluntária da gravidez, admitindo-se o direito a indenização. Ainda, reconheceu-se o direito da criança em pleitear a reparação por seu sofrimento de viver uma vida insatisfatória devido a suas complicações.

O julgamento de tal caso trouxe uma grande repercussão de variados grupos da sociedade, familiares, associações de pessoas com deficiência, médicos, laboratórios, que se mostraram perturbados com a dificuldade em se delimitar o que

seria uma vida indigna e que não valeria à pena e o que seria uma vida suportável de ser vivida.

Outra crítica surgida foi no caso dos juristas que ao analisarem o nexo causal não vislumbraram nenhum vínculo de causalidade entre a conduta médica e as anomalias da criança, admitindo que o único prejuízo causado por sua conduta foi o fato da criança ter nascido o que impossibilitou o direito de escolha da mãe.

Segundo Facchini Neto (2015, p. 449) em análise posterior do tema pelo Tribunal, em 28 de novembro de 2001, considerou que os danos sofridos pela criança não consistem na perda de uma chance e não ter nascido, mas sim pelas suas anomalias.

O legislador francês visando frear tal situação e modificar a jurisprudência firmada no caso Perruche promulgou em 04 de março de 2002 a Lei nº 2002-303, conhecida por Lei Anti-Perruche.

Neste sentido, nas palavras de Vera Lúcia (2010, p. 71):

“Lei n.º 2002-303, de 4 de março de 2002 – Esta lei limita a responsabilidade médica, mencionando no seu art. 1.º que o nascimento não pode ser entendido como um prejuízo para ninguém (“nul ne peut se prévaloir d’un préjudice du seul fait de sa naissance”). Esta lei, em termos de nexo causal, apenas admite a reparação de danos resultantes diretamente de atos médicos, ou seja, quando o ato médico em si mesmo causou a lesão ou a agravou ou não permitiu a tomada das medidas adequadas para a evitar. Apenas considera os prejuízos sofridos pelos pais, e com isto remete por inteiro a abordagem da questão para a clássica responsabilidade civil. Admite que os pais possam pedir uma compensação pelos danos sofridos por causa do nascimento de uma criança em que a deficiência não foi detectada durante a gravidez, contudo exclui do montante os encargos especiais de que a criança venha a necessitar, ou seja, os danos patrimoniais, os quais ficam a cargo da Solidariedade Nacional. Esta norma foi revogada pela Lei n.º 2005-102, de 11 de fevereiro de 2005, que introduziu no código de ação social francês um art. praticamente com o mesmo teor.”

Dias Ferreira (2015, p. 270) comenta a questão dizendo:

“[...] pretendendo exaurir as ações de wrongful life e remeter para o direito social e para a solidariedade nacional o apoio a todos os cidadãos deficientes, evidenciando que o prejuízo de viver não pode ser indemnizado e que a criança apenas pode ser indemnizada se a culpa do médico estiver diretamente na origem do seu dano, o piorou ou não possibilitou que se tomassem as medidas para o atenuar.”

Godoy (2007, p. 35, 36) ao analisar o presente caso nos traz duas perspectivas acerca do tema, em um primeiro momento nos remete a uma

interpretação liberal aos moldes norte-americanos e à luz da responsabilidade civil francesa que a inexecução contratual gera um dano a ser reparado em pecúnia, por outro lado nos remete também a uma interpretação humanista à luz dos direitos da personalidade e dos direitos humanos, que consideram a vida como direito fundamental que não poderia ser compreendida como dano sem que isso ofendesse a dignidade de toda humanidade.

Ainda Godoy (2007, p. 46) traz uma crítica interessante dos juristas franceses no caso *Perruche*, em que demonstra que o ponto central de grande parte dessas críticas são as consequências em considerar que todo dano é imputável exemplificando os casos que envolvendo a vida. Expondo ainda que, vivemos em uma sociedade do dano que se constituiu em um critério biológico e econômico fazendo da vida um capital humano e do sujeito um objeto no mercado de trocas equivalentes.

Por outro lado, Rafael Peteffi (2009, p. 15, 16) traz dois autores favoráveis à decisão adotada no caso *Perruche*. O primeiro autor por ele comentado, Basil Markesinis, diz que pode haver vidas muito sacrificadas, podendo ser piores do que a própria morte e este seria o dano enfrentado no caso. Ainda critica a visão absolutamente pragmática francesa em relação ao nexo de causalidade, que não poderia ser o fator mais importante para criticar a decisão. A autora, Muriel Fabre-Magnan, diz que não há dúvidas quanta a negligência médica no dever de informar e acredita ainda que o prejuízo sofrido pela criança é evidente, sua deficiência requer reparação e, portanto, considera que viver com deficiência é um dano amplamente reconhecido.

Conclui-se que o direito francês limitou as ações com fundamento na *wrongful life* com a promulgação de uma Lei que trata sobre o tema, no entanto, críticas sobre o teor desta Lei são frequentes na doutrina francesa com posicionamentos favoráveis e contrários não sendo um assunto pacífico na jurisprudência francesa.

Os tribunais europeus se depararam ao longo do tempo com diversos casos acerca das *wrongful acts*. Passaremos a uma breve exposição dos demais casos julgados por tribunais europeus.

Aos comentários de Manso (2012, p. 161, 182) o Supremo Tribunal Holandês, em 18 de março de 2005, julgou o caso denominado como *Baby Kelly*. No

presente caso os genitores de Kelly intentaram ações fundadas em wrongful life e wrongful birth, pelo fato de Kelly ter nascido com séria anomalia congênita.

Sob os argumentos de grave violação a autodeterminação da mãe nos cuidados de saúde, fundamentada na privação de uma decisão esclarecida e firme quanto à gestação, presumiu-se que uma vez constatada a anomalia congênita que Kelly viria a sofrer, criou-se a expectativa que sua mãe optaria pela realização da interrupção voluntária da gravidez.

Com tais argumentos os genitores de Kelly foram indenizados quanto às despesas relativas ao sustento de sua filha até que a mesma atingisse os vinte e um anos de idade, houve indenização por danos morais advindos da violação do direito de autodeterminação da mãe nos cuidados de saúde, bem como a mãe de Kelly foi exclusivamente indenizada pelas despesas originárias de tratamento psiquiátrico devido ao nascimento de uma criança deficiente e, por fim a criança ainda foi indenizada, pelo fato de ter nascido, pelos danos não patrimoniais.

O Tribunal Federal de Justiça da Alemanha, em 1983, julgou um caso interessante envolvendo a propositura de wrongful birth. Assim nos comentários de Facchini Neto (2015, p. 450, 451) sobre o caso diz que os pais e a criança ajuizaram uma ação em face da ginecologista que não detectou que a mãe padecia de rubéola e, por isso, foi privada de optar por interromper a gravidez.

A criança nasceu com sérios problemas decorrentes da rubéola que a mãe teve nos primeiros meses de gestação. Na ação ajuizada pelos pais o Tribunal de primeira instância rejeitou a pretensão do filho concedendo apenas uma indenização aos pais por wrongful birth.

Foi ajuizado recurso recorrendo da decisão por parte da ginecologista que foi julgado procedente pelo Tribunal, sendo assim rejeitou-se o apelo do filho e também acabou por afastar a pretensão dos pais. O Bundesgerichtshof (BGH), sigla referente ao Tribunal Federal de Justiça, a mais alta corte do sistema judiciário alemão, manteve a decisão de rejeição da pretensão indenizatória proposta pelo filho, porém, anulou a decisão quanto aos pais, reconhecendo o direito indenizatório destes.

Esse acórdão proferido no julgamento deste caso demonstra que a Alemanha encontra-se dividida quanto ao tema das wrongful acts rejeitando algumas pretensões ao argumento de que não é relevante o valor que a própria pessoa ou alguém por ela dá à vida, porque a vida é um bem que merece proteção absoluta.

Facchini Neto (2015, p. 451) ainda, traz um caso julgado pelo Supremo Tribunal Espanhol, cuja sentença foi proferida em 23 de novembro de 2007. Neste caso, foi julgada a falta de informação do médico sobre as possibilidades de utilização de técnicas de prevenção de enfermidades em idade avançada durante a gravidez, tendo em vista que gestantes com idade avançada correm mais riscos tanto para a própria gestante como para o próprio bebê.

O Supremo Tribunal Espanhol reconheceu danos morais aos pais da criança pela falta de informação, mas negou-se a existência de dano no caso da criança pelo mero nascimento.

A ação por wrongful life ajuizada não foi reconhecida pelo Tribunal, ao passo que a Espanha não reconhece a admissibilidade da mesma, jurisprudência já consolidada em casos julgados anteriormente, ao argumento de que não admite que estes tipos de nascimentos sejam um dano em si mesmo.

Segundo o jornal eletrônico “El País” o Conselho de Ministros da Espanha aprovou um anteprojeto da Lei Orgânica de Proteção dos Direitos Concebidos e da Mulher Grávida, uma norma que suprime o direito ao aborto tal qual estava previsto na chamada “Lei de Prazos”, aprovada em 2010 pelo Governo socialista de José Luis Rodríguez Zapatero.

Neste viés, o Governo acabou por aprovar uma lei de “proteção à vida do concebido” no qual a gravidez só pode ser voluntariamente interrompida em dois casos: grave perigo para a saúde física ou psíquica da mulher até a 22^o semana de gestação ou em caso de estupro até a 12^o semana de gestação.

Diante disto, podemos concluir que a partir de agora o aborto na Espanha deixou de ser um direito da mulher, que anteriormente a sua aprovação poderia interromper a gestação até a 14^o semana voltando a ser um sistema de hipóteses que vigorou no país nos anos de 1985 a 2010, porém, mais restrito em que o modelo anterior amparava o aborto por malformação e o novo deixa a cargo do abalo psíquico que a mulher sentirá em decorrência do diagnóstico de alguma patologia fetal.

Segundo Mota Pinto (2007, p. 10) a Grã-Bretanha se deparou com o julgamento do caso McKay vs Essex Area Health Authority em 1982. No presente julgado a genitora de McKay foi vítima de rubéola durante a gravidez e devido ao mau aconselhamento médico no pré-natal teve uma criança com graves deficiências, sendo-lhe tirada a oportunidade de optar pela interrupção da gravidez.

Diante de tais condições a criança, representada por seus pais, ajuizou uma ação contra o serviço público de saúde buscando responsabilizá-los e ser indenizado pelos prejuízos causados.

Contudo, o Tribunal inglês julgou o pedido improcedente ao argumento de que o pedido era contrário à ordem pública considerar uma vida que sofra de deficiências com menos valor do que uma vida dita normal e, que seria impossível determinar os danos uma vez que seria impossível para o Tribunal comparar a situação da criança com a situação de não existência.

A Itália tem duas sentenças proferidas por seus Tribunais julgando ações propostas com fundamento nas *wrongful acts*. Aos comentários de Andrea Morillo (2003, p. 101) na sentença do Tribunal de Roma em 13 de dezembro de 1994 a pretensão requerida pelo filho do casal foi rejeitada, pois o Tribunal negou a existência de uma relação de causalidade entre a conduta negligente do médico e as malformações da criança.

Outro caso comentado foi a sentença do Tribunal de Perugia em 07 de setembro de 1998, ao contrário do caso anterior neste caso o Tribunal declarou que a falta de informação deu lugar ao nascimento inesperado de um filho portador de doenças que causaram traumas para os genitores. O Tribunal ainda mencionou o fato que se a informação tivesse sido dada no decorrer da gravidez haveria tempo hábil para os pais se adaptarem e aceitarem o nascimento de uma criança com sérias doenças.

Ainda, o Tribunal de Perugia ao analisar o pedido do filho considerou que o nascimento não pode ser considerado um fato injusto e suscetível de ser fonte de responsabilidade.

Em um dos julgamentos mais recentes da Corte de Cassação italiana ocorrido em 11 de maio de 2009, sentença nº 10741, Baldini Gianni (2012, p. 35) comenta o julgado trazendo importantes pontos que foram abordados. O primeiro ponto interessante que foi abordado, questão até então não abordada em nenhum outro caso semelhante, foi o direito a nascer saudável.

O direito de nascer saudável correspondente ao nascituro se refere que o mesmo tem autonomia e subjetividade jurídica, ao nascituro incumbe o direito a nascer saudável, bem como a obrigação dos médicos de indenizá-lo em caso de inobservância do dever de correta informação para a mãe ou do dever de administrar os medicamentos que não causem danos.

O direito ao ressarcimento que fora discutido pela Corte de Cassação italiana para o nascituro tem um caráter patrimonial e é condicionada ao eventual nascimento, quanto ao dever de informação à mãe a questão discutida foi a relação estabelecida entre médico e paciente que produz como efeitos a proteção ao nascituro, ao nascer saudável.

Ainda, decidiu-se que não há direito ao ressarcimento com base no consentimento informado para efeitos de interrupção da gravidez, e não da mera prescrição de medicamentos, não restando configurado o direito a não nascer, se não saudável.

Paula Cargnin (2013, p. 41, 42) comenta dois casos surgidos no direito britânico atinente as wrongful birth. No primeiro deles denominado Salih vs Enfield Health Authority foi proposta uma ação por wrongful birth em decorrência do nascimento de uma criança acometida pela síndrome da rubéola congênita em decorrência do fracasso de uma autoridade da saúde em diagnosticar e informar a mãe de que seu filho poderia sofrer de tal enfermidade, tal negligência incapacitou a mãe de optar pela interrupção voluntária da gravidez.

O Tribunal ao julgar o caso decidiu pela improcedência da ação, alegando que os pais não tinham o direito a serem indenizadas, as provas que fundamentaram tal decisão foram que os pais da criança tinham o planejamento de terem um quarto filho e por isso não sofreram um abalo financeiro, portanto descartaram a hipótese de negligência médica.

Em outra decisão acerca das wrongful birth datada em 1990, o caso Rance vs Mid-Downs Area Health Authority narra o nascimento de uma criança com uma grave deficiência, espinha bífida (defeito congênito em que a medula espinhal de um bebê em desenvolvimento não se desenvolve adequadamente) causado pela negligência do radiologista que não providenciou mais exames para detectar a doença.

Como de praxe o argumento levantado foi que a não realização de mais exames para constatar o problema da criança privaram a mãe de optar por interromper a gravidez, contudo o pedido foi rejeitado pelo Tribunal ao argumento de que não foi encontrada qualquer negligência em nome do radiologista.

E mais, na discussão a defesa do radiologista argumentou que mesmo que tivessem sido realizados mais exames para constatar o problema a mãe não

caberia o direito ao aborto, uma vez que se encontrava em um estágio muito avançado da gravidez para se socorrer ao aborto.

Atualmente, o caso que ganhou maior destaque a nível internacional sendo veiculados em todos os meios de comunicações e ganhou o apoio de importantes autoridades internacionais como o Presidente dos Estados Unidos Donald Trump e do Papa Francisco foi o caso do bebê britânico Charlie Gard.

A história de Charlie Gard foi marcada pela luta de seus pais Chris Gard e Connie Yates em buscar “salvar” a vida de seu filho contra a decisão da Corte e do Hospital que pela complexidade de sua doença não vislumbrariam chances de melhora, sendo a morte inevitável, campanhas e mais campanhas foram feitas contrárias a tais decisões e uma corrente mundial se uniu favorável aos pais de Charlie Gard.

Em uma narrativa breve sobre o caso Charlie Gard, nascido em agosto de 2016, após dois meses de seu nascimento foi diagnosticado com uma doença raríssima e incurável chamada síndrome de miopatia mitocondrial, tal enfermidade provoca a perda da força muscular e danos cerebrais, por conta disso precisou ficar internado no Hospital Great Ormond Street, em Londres, desde então.

Em comunicado o serviço de saúde pública do Reino Unido (NHS) explicou que o caso de Charlie os danos cerebrais são irreversíveis, portanto ele não se move, não escuta, não enxerga, além de ter problemas no coração, fígado e rins. Seus pulmões funcionam por aparelhos. Disse ainda que os médicos tentaram um tratamento especial trazido dos Estados Unidos, porém Charlie não apresentou melhoras e, por isso defendem o desligamento dos aparelhos que o mantêm vivo.

A partir deste momento os pais de Charlie travaram uma batalha incansável com a Corte para que seu filho fosse levado aos Estados Unidos para que pudesse ser submetido a testes experimentais diretamente. No dia 27 de junho, os pais de Charlie perderam em última instância o pedido na Justiça britânica, que teria avaliado que a busca pelo tratamento nos Estados Unidos apenas prolongaria o sofrimento de Charlie sem oferecer a ele uma possibilidade significativa de cura. A Corte Européia de Direitos Humanos também seguiu o posicionamento da Justiça britânica em afirmar que o tratamento experimental causaria danos significativos a Charlie, que seguindo a orientação dos especialistas do Hospital orientou pelo desligamento dos aparelhos.

O tratamento experimental que Charlie seria submetido nos Estados Unidos não seria capaz de curar suas condições, apenas seria um amenizador dos efeitos da doença. Os próprios médicos americanos afirmaram não terem observado melhoras em casos tão avançados como o de Charlie.

Durante essa longa batalha judicial os pais de Charlie Gard arrecadaram R\$ 1,3 milhões de libras num site de financiamento coletivo para custear o tratamento de Charlie nos Estados Unidos, porém a demora no julgamento pelas várias instâncias acabou por prejudicar a situação de Charlie e o tratamento já nessas alturas não traria benefícios à criança.

De acordo com o serviço de saúde pública do Reino Unido (NHS), quando os pais não concordam com a condução do tratamento de seu filho, o Hospital pode recorrer à Justiça para que se tome uma decisão. No presente caso, a Justiça baseou sua decisão no que é melhor para Charlie, por isso, mesmo que os pais de Charlie tivessem arrecadado o valor para custear o tratamento de seu filho nos Estados Unidos, eles não teriam autonomia para isso, uma vez que a Justiça determinou que o tratamento não trará benefícios ao bebê.

Após perderem em todas as instâncias e verem seu sonho de levar seu filho para um tratamento experimental nos Estados Unidos mais distante ainda, finalmente os pais de Charlie concordaram com o desligamento dos aparelhos, porém solicitaram passar as últimas horas após o desligamento com seu filho na residência do casal.

Tal pedido feito pelos pais de Charlie foi recusado pelo próprio Hospital onde a criança esta internada desde seu nascimento, após tal negativa outra batalha foi travada, agora na tentativa de ter o último sonho do casal ser realizado.

Em comunicado o Hospital disse que o transporte de Charlie para a residência do casal seria inviável pelo fato de que Charlie não poderia fazer o trajeto sem estar ligado ao aparelho que o mantém vivo, o aparelho é grande e sua locomoção se torna difícil, a porta da residência do casal não suporta a entrada do aparelho, são tantos complicadores que o Hospital negou o traslado de Charlie.

Em meio a esta disputa de quando e aonde Charlie Gard viria a falecer o Juiz Nicholas Francis, responsável pelo caso Charlie Gard, determinou a sua transferência para uma clínica de cuidados paliativos, aonde ele inevitavelmente viria a falecer em pouco tempo com o desligamento dos aparelhos que o mantinham vivo.

E assim, foi o fim de um ciclo marcado por disputas judiciais, comoção internacional, apoio da comunidade britânica aos pais de Charlie, de reflexões jurídicas de até que ponto o Estado pode interferir nas decisões dos pais, e o mais interessante que podemos debater no presente caso é sobre o conceito de “morte digna.”

Em adaptação realizada por Ana Cabral (Movimento de Cidadãos Pró Cuidados Paliativos) do texto “Conceptos generales en torno a la Muerte Digna y a la Eutanasia” de Pe. Luís de Moya, disponível em: www.muertedigna.org, traz o seguinte conceito de morte digna: “morte natural, com todos os alívios médicos adequados, através de uma intervenção global no sofrimento humano. Também denominada ortotanásia.”

O conceito de ortotanásia em adaptação realizada por Ana Cabral segue a mesma linha de raciocínio do conceito de morte digna, sendo assim conceituada: “a morte em boas condições, com o alívio dos sintomas físicos e psicológicos que provocam sofrimento.”

Após breve exposição de tais conceitos fica notável o reconhecimento da morte digna no caso Charlie Gard, sendo assim as inúmeras tentativas dos pais de buscarem um novo tratamento ou do pedido dos mesmos de que seu filho fique suas últimas horas de vida na residência do casal se sobrepõe a este conceito de morte digna e, num comparativo de valores prevaleceu à morte digna do bebê Charlie Gard, evitando assim que ele suportasse mais sofrimentos do que os já suportados desde o seu nascimento e a descoberta de sua grave e raríssima enfermidade.

Portanto, conclui-se que os tribunais europeus se depararam ao longo das décadas com diversos casos tratando sobre wrongful birth e wrongful life e que cada tribunal acabou adotando um entendimento diferente acerca do tema.

O ordenamento jurídico francês preferiu editar uma Lei tratando a respeito das wrongful life em que a presente Lei acabou por limitar sua aplicação, no entanto, críticas favoráveis e contrárias a edição da referida Lei ainda persistem no sistema francês não sendo um assunto pacífico.

Os demais Tribunais europeus a começar pelo Holandês se deparou com um caso tratando a respeito das duas ações por wrongful birth e wrongful life em que o Tribunal acabou por acolher os argumentos de ambas as demandas condenando ao pagamento de indenizações para a mãe e para a criança, com a

interessante ressalva que em nenhum outro caso até aqui comentado um Tribunal chegou a reconhecer indenização exclusiva para a mãe para despesas originárias de tratamentos psiquiátricos que a mesma possa precisar passar devido ao nascimento de sua filha deficiente.

Seguindo-se para o Tribunal Alemão em um interessante caso acolheu apenas a pretensão de indenização dos pais afastando qualquer questão indenizatória frente ao filho e, é de se notar ainda que a jurisprudência alemã encontra-se dividida nas questões atinentes a wrongful birth e wrongful life, ao passo que para a jurisprudência alemã a vida é um bem que merece proteção absoluta afastando qualquer tipo de valoração.

A Espanha se mostra receosa quanto ao reconhecimento de ações por wrongful life, em diversos de seus julgados é possível notar que o tribunal espanhol não consegue admitir os fundamentos desta ação, para eles os considerados nascimentos "injustos" não são passíveis de serem admitidos como um dano em si mesmo.

O tribunal da Grã-Bretanha no julgamento de uma ação fundada em wrongful life, caso McKay vs Essex Area Health Authority, considerado como primeiro caso a ser julgado com fundamento neste tipo de ação, foi um importante precedente para firmar o posicionamento até então defendido pela maioria dos estados norte-americanos, de não admitirem indenizações deste teor no país, e o mais interessante foi o argumento do Tribunal em afirmar que seria impossível comparar a situação da criança com a situação de não existência, há um vazio de subjetivismo muito grande que foge ao alcance dos nobres julgadores.

Os tribunais italianos por sua vez há divergências quanto à procedência de tais demandas, em um primeiro momento o Tribunal de Roma, em 1994, rejeitou a pretensão requerida por entender não haver relação de causalidade entre a conduta negligente do médico e as malformações da criança, posteriormente em julgado no Tribunal de Perugia, em 1998, o entendimento firmado foi contrário, aqui a falta de informação deu lugar ao nascimento inesperado de um filho portador de doenças e ainda no argumento do próprio tribunal foi levantado que se as informações fossem prestadas no decorrer da gravidez haveria tempo hábil para que os pais se adaptassem e se acostumassem com o fato de seu filho nascer com deficiência. Ainda, a jurisprudência italiana firmada em suas Cortes trouxe a questão do nascer saudável e da responsabilização pelo nascimento não saudável.

Para finalizar, o direito britânico nos dois casos julgados por seus Tribunais e aqui expostos torna-se evidente que as wrongful birth não são tão passíveis de aceitação por seus tribunais, nos dois casos apresentados e propostos com fundamento na wrongful birth o tribunal britânico acabou por rejeitar as demandas, no primeiro ao fundamento de que não houve abalo financeiro e não foi caracterizada a hipótese de negligência médica, noutro esgotou-se o tempo para exercício ao direito de interromper a gravidez e também não foi possível a caracterização da negligência.

5 DO DIREITO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Diferentemente de outros países que não criminalizam o aborto o Brasil tem um posicionamento contrário a respeito, sendo assim somente nas hipóteses previstas no art. 128, incisos I e II do nosso Código Penal e no caso de anencefalia pelo julgamento da ADPF nº 54, julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 2012, é que se permite o aborto, fora destes casos o aborto é criminalizado em nosso sistema.

Países como Estados Unidos não criminalizam o aborto sendo o aborto constitucionalizado desde o julgamento do caso Roe vs Wade em 1973, tal julgamento foi uma quebra de paradigma sobre o tema. Ainda, a Inglaterra o aborto é considerado legal até a 24ª semana de gestação e, por fim, a França o aborto também é considerado legal até 12ª semana por solicitação da mulher e, em caso do aborto ser realizado no segundo trimestre de gestação há uma peculiaridade que somente será permitido no caso de razões médicas, tais como: risco para a saúde física da mulher, risco de vida e risco de malformações no feto.

Embora já tenhamos tecido comentários acerca das hipóteses legais de aborto em nosso sistema jurídico é importante reprisar tais comentários para uma melhor evolução do tema a ser discutido no presente capítulo.

O nosso Código Penal (Decreto-Lei nº 2848/40) criminaliza condutas abortivas nos arts. 124 a 127, porém, esse entendimento de proteção máxima da vida mostrou-se flexível ao Supremo Tribunal Federal, a mais alta Corte de nosso ordenamento jurídico, julgar em 12 de Abril de 2012 a ADPF nº 54 (Arguição de descumprimento de preceito fundamental), ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), por maioria de seus votos, que teve como relator o Ministro Marco Aurélio, a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal.

O Ministro-relator Marco Aurélio sustentou no julgamento da presente ADPF que: "... No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível. O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura."

Assim, podemos concluir pelos dizeres do Ministro-relator que o julgamento da presente demanda foi um marco histórico para a problemática do aborto em nosso ordenamento jurídico e para exposição de conceitos tão amplos quanto à própria vida, uma vez que pelos seus dizeres o Ministro-relator considerou o feto anencéfalo como uma vida não possível, que não há proteção para uma vida sem potencial, mas que trata-se de uma morte segura.

Ainda, o nosso ordenamento jurídico penal possibilitou a legalização do aborto sobre duas vertentes: o aborto necessário ou terapêutico, disposto no art. 128, I, do Código Penal, em que se permitiu o aborto quando presentes dois requisitos: a vida da gestante corra perigo de vida em razão da gravidez e não exista outro meio para salvar sua vida e, na hipótese do inciso II, do art. 128, do Código Penal, em que se permitiu o chamado aborto humanitário, sentimental, ético ou piedoso, presentes tais requisitos: o aborto deverá ser praticado por médico, deverá existir o consentimento válido da gestante ou de seu responsável legal (nos casos de incapaz) e que a gravidez resulte de estupro.

Em análise rápida, breve e sucinta destes dois incisos do art. 128 do Código Penal percebe-se que no inciso I o legislador optou por preservar a vida da gestante autorizando o aborto tendo em vista que não há outro meio de salvá-la, por outro lado no inciso II o legislador abriu portas para que a mulher vítima de estupro consinta em realizar o aborto.

Apesar do ordenamento jurídico brasileiro não admitir o aborto, o aborto apenas é possível em determinadas hipóteses muito bem delimitadas, vem ocorrendo uma crescente série de aumento de casos por nascimento indesejado no judiciário.

Neste mesmo diapasão, há Projetos de Leis que visam garantir a proteção integral do nascituro, por exemplo, o Estatuto do Nascituro (PL 478/07) de autoria dos Deputados Luiz Bassuma e Miguel Martini e de relatoria da Deputada Solange Almeida.

O mencionado Projeto de Lei segundo relatório de seus autores tem como justificativa pretender tornar integral a proteção ao nascituro, realçando-se, assim o direito à vida, à saúde, à honra, à integridade física, à alimentação, à convivência familiar e a proibição de qualquer forma de discriminação que venha a privá-lo de algum direito em razão do sexo, da idade, da etnia, da aparência, da

origem, da deficiência física ou mental, da expectativa de sobrevida ou de delitos cometidos por seus genitores.

Ainda, neste mesmo embate sobre o aborto é possível citar a reforma do Código Penal (PLS 236/12), cuja proposta visaria descriminalizar e ampliar as hipóteses legais de cabimento do aborto. Sendo assim, inicialmente a proposta visaria possibilitar o aborto até a 12ª semana de gestação, desde que ficasse comprovado que a mãe não tem condições psicológicas de arcar com a maternidade.

A relatoria da reforma do Código Penal (PLS 236/12) ficou a cargo do senador Pedro Taques que ao expor seus argumentos foi favorável a manter a eutanásia como crime de homicídio, manteve a ortotanásia como sendo conduta atípica e excluiu a possibilidade de interrupção da gravidez nas 12 primeiras semanas em razão da gestante não poder arcar com a maternidade, ao argumento de que a exclusão do aborto como crime seria inconstitucional, porém, ao mesmo tempo em que foi desfavorável a ampliação do aborto manteve-se favorável quanto ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal que no julgamento da ADPF nº 52 possibilitou o aborto de feto anencéfalo.

Alguns autores como Rafael Peteffi da Silva (2009, p. 205) vêem as novas técnicas do Ministério da Saúde sobre o aborto com a possibilidade do aborto ser realizado sem a apresentação do Boletim de Ocorrência comprobatório do crime de estupro aumentaria o número de abortos no Brasil.

Pois, segundo dados obtidos pelo 9º Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2015 aproximadamente apenas 35% das vítimas de estupro acabam registrando Boletins de Ocorrência, ou seja, quase 65% das vítimas de estupro acabam não noticiando o fato com medo de represálias por parte da família e da sociedade.

A introdução de políticas públicas que facilitem o acesso dessas vítimas de estupro em poderem optar por interromper a gravidez sem a necessidade de registrarem um Boletim de Ocorrência que narre terem sido estupradas poderia inverter os valores obtidos na pesquisa, pois todo o rigor que existe para o acesso do aborto nestes casos acaba por dificultar o acesso dessas vítimas.

Findo as questões introdutórias sobre o tema, passaremos a análise jurisprudencial de alguns casos e como nossos Tribunais vem entendendo e julgando a matéria.

O primeiro caso a ser apresentado foi denominado caso Microvlar, que ficou popularmente conhecido como as “pílulas de farinha”, se tornou um dos primeiros casos de nascimento indesejado a ser julgado no Brasil no ano de 1998 com autores pleiteando indenizações em face da empresa.

A empresa Schering do Brasil Química e Farmacêutica LTDA eram responsáveis pela produção de uma pílula anticoncepcional, no entanto, no ano em questão a referida empresa foi demandada por consumidoras que haviam comprado e consumido o produto por ela fornecido e como consequência teriam engravidado.

Segundo o noticiário eletrônico G1 de 24 de março de 2008 cerca de 200 mulheres teriam engravidado na ocasião, no entanto, apenas 10 conseguiram provar na Justiça que tomaram as pílulas fabricadas pela empresa do lote com defeito gerando indenizações.

A principal ação julgada foi a ação civil pública ajuizada pelo Estado de São Paulo e pelo Procon-SP. O processo nº 2006/0104394-9, em primeiro e segundo grau de jurisdição, foram concedidos os pedidos feitos na exordial, sendo alguns deles: disponibilizar equipe médica a todos os lesados sem custos, publicação nos meios de comunicação de grande circulação o fato ocorrido para prestar informações aptas para a compra de medicamentos eficientes por parte dos consumidores, pagamento de indenização no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) referentes à compensação pelos danos morais coletivos ao fundo de reparação de interesses difusos.

Ao argumento de que pese a decisão se deu pelo fato da ré não ter tomado as medidas cabíveis para prevenir o risco, que atrasou na comunicação as autoridades e ainda teria emitido comunicado incentivando as consumidoras a continuarem fazendo o uso do medicamento.

Sob a relatoria da Ministra Nancy Andrichi, publicado em 05 de março de 2008, o julgamento do Recurso Especial nº 866636/SP não foi conhecido aos argumentos de que a demandada tinha pouco controle sobre alguns aspectos essenciais de sua atividade produtiva, não sendo possível identificar qual erro levou ao fato em questão restou sua responsabilidade.

Ainda, ressalta-se no voto que “... aquele que produz substância perigosa e depois não se assegura de sua eliminação é, certamente, responsável pelos danos que daquela possam advir.”

No julgamento ainda, não restou configurada a culpa de terceiros, caso dos farmacêuticos, por ser de responsabilidade da empresa a colocação no mercado de seu produto. Por fim, a respeito do dano moral firmou-se o entendimento de que o uso de medicamentos anticoncepcionais por mulheres se dá ao fato que estas não desejam ter filhos e o simples fato do medicamento não corresponder a sua finalidade frustra essa opção da mulher em não desejar engravidar, o que já enseja danos morais.

Em uma das demandas julgadas procedentes a Ministra Nancy Andrighi, em 09 de dezembro de 2008, no julgamento do Recurso Especial nº 1096325, restou configurada a responsabilidade da referida empresa pela seguinte ementa:

Civil e processo civil. Recurso especial. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Anticoncepcional Microvlar. Acontecimentos que se notabilizaram como o 'caso das pílulas de farinha'. Cartelas de comprimidos sem princípio ativo, utilizadas para teste de maquinário, que acabaram atingindo consumidoras e não impediram a gravidez indesejada. Análise do material probatório que aponta para a responsabilidade civil do fabricante. Danos morais. Ocorrência. Valor que não pode ser considerado excessivo.

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

- Em nada socorre a empresa, assim, a alegação de que, até hoje, não foi possível verificar exatamente de que forma as pílulas-teste chegaram às mãos das consumidoras. O panorama fático adotado pelo acórdão recorrido mostra que tal demonstração talvez seja mesmo impossível, porque eram tantos e tão graves os erros e descuidos na linha de produção e descarte de medicamentos, que não seria hipótese infundada afirmar-se que os placebos atingiram as consumidoras de diversas formas ao mesmo tempo.

- Por sua vez, além de outros elementos importantes de convicção, dos autos consta prova de que a consumidora fazia uso regular do anticoncepcional, muito embora não se tenha juntado uma das cartelas de produto defeituoso. Defende-se a recorrente alegando que, nessa hipótese, ao julgar procedente o pedido indenizatório, o Tribunal responsabilizou o produtor como se este só pudesse afastar sua responsabilidade provando, inclusive, que a consumidora não fez uso do produto defeituoso, o que é impossível.

- Contudo, está presente uma dupla impossibilidade probatória: à autora também era impossível demonstrar que comprara especificamente uma cartela defeituosa, e não por negligência como alega a recorrente, mas

apenas por ser dela inexigível outra conduta dentro dos padrões médios de cultura do país.

- Assim colocada a questão, não se trata de atribuir equivocadamente o ônus da prova a uma das partes, mas sim de interpretar as normas processuais em consonância com os princípios de direito material aplicáveis à espécie. O acórdão partiu das provas existentes para concluir em um certo sentido, privilegiando, com isso, o princípio da proteção ao consumidor.

- O dever de compensar danos morais, na hipótese, não fica afastado com a alegação de que a gravidez resultante da ineficácia do anticoncepcional trouxe, necessariamente, sentimentos positivos pelo surgimento de uma nova vida, porque o objeto dos autos não é discutir o dom da maternidade. Ao contrário, o produto em questão é um anticoncepcional, cuja única utilidade é a de evitar uma gravidez. A mulher que toma tal medicamento tem a intenção de utilizá-lo como meio a possibilitar sua escolha quanto ao momento de ter filhos, e a falha do remédio, ao frustrar a opção da mulher, dá ensejo à obrigação de compensação pelos danos morais.

- A alteração do valor fixado a título de compensação pelos danos morais só deve ser revista em hipótese que indique insuportável absurdo, o que não ocorre na presente hipótese. Precedentes.

Recurso especial não conhecido.

Outro caso julgado pela Ministra Nancy Andrighi, em 17 de fevereiro de 2011, na presente demanda por ela julgada a autora alegou que fazia uso de medicamento anticoncepcional e foi surpreendida com uma gravidez inesperada. Ainda, na narrativa da presente demanda a autora alegou que considerando sua idade (40 anos) e o risco da gravidez, o fato da mesma já possuir três crianças sendo que uma quarta criança estava completamente fora do planejamento familiar por conta de suas condições financeiras, requereu em sede de pedido indenização por danos materiais com a manutenção da criança e danos morais pela grande angústia sofrida.

A sentença em primeiro grau julgou improcedente todos os pedidos formulados na inicial, tal decisão foi apelável ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Apelação nº 2001.018238-6) que deu provimento parcial a presente apelação condenando a ré ao pagamento de danos materiais com os gastos referentes à manutenção da criança, sob argumento de que acolheu a responsabilidade da ré como fornecedora de tal medicamento e que o período em que a autora ficou grávida coincide com o caso das “pílulas farinha”, porém, a respeito dos danos morais o Tribunal rejeitou o pedido ao argumento de que uma criança nunca poderia ser considerada um abalo moral aos pais.

Semelhantemente ao caso anterior apresentado, no entanto, sem a formulação de pedido referente à indenização por danos morais uma vez que o pedido se baseou unicamente nos danos materiais no valor de R\$ 20.000,00 (vinte

mil reais) e ainda no pagamento de pensão mensal ao nascituro no valor não inferior a quatro salários mínimos até que completasse vinte e um anos de idade.

A apelação (2005.0013366-0) julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reformou a sentença originária de Porto Alegre-RS, o qual teve entendimento contrário deste Tribunal. Em decisão do Tribunal foi comprovada a utilização de anticoncepcional pela autora o que implicou no deferimento parcial referente à indenização pelos danos materiais e ao pagamento de pensão mensal para o nascituro no valor de dois salários mínimos até que complete dezoito anos de idade, mais as despesas da gravidez a serem apuradas em liquidação de sentença.

Com a relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, o Recurso Especial nº 720930, julgado em 20 de outubro de 2009, pela quarta turma, teve resultado negativo a parte como demonstrado pela ementa a seguir:

RECURSO ESPECIAL. GRAVIDEZ ALEGADAMENTE DECORRENTE DE CONSUMO DE PÍLULAS ANTICONCEPCIONAIS SEM PRINCÍPIO ATIVO ("PÍLULAS DE FARINHA"). INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ENCARGO IMPOSSÍVEL. ADEMAIS, MOMENTO PROCESSUAL INADEQUADO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE A GRAVIDEZ E O AGIR CULPOSO DA RECORRENTE.

1. O Tribunal a quo, muito embora reconhecendo ser a prova "franciscana", entendeu que bastava à condenação o fato de ser a autora consumidora do anticoncepcional "Microvlar" e ter esta apresentado cartelas que diziam respeito a período posterior à concepção, cujo medicamento continha o princípio ativo contraceptivo.

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

3. Com efeito, ainda que se trate de relação regida pelo CDC, não se concebe inverter-se o ônus da prova para, retirando tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente, atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria. Assim, diante da não-comprovação da ingestão dos aludidos placebos pela autora - quando lhe era, em tese, possível provar -, bem como levando em conta a inviabilidade de a ré produzir prova impossível, a celeuma deve se resolver com a improcedência do pedido.

4. Por outro lado, entre a gravidez da autora e o extravio das "pílulas de farinha", mostra-se patente a ausência de demonstração do nexo causal, o qual passaria, necessariamente, pela demonstração ao menos da aquisição dos indigitados placebos, o que não ocorreu.

5. De outra sorte, é de se ressaltar que a distribuição do ônus da prova, em realidade, determina o agir processual de cada parte, de sorte que nenhuma delas pode ser surpreendida com a inovação de um ônus que, antes de uma decisão judicial fundamentada, não lhe era imputado. Por isso que não poderia o Tribunal a quo inverter o ônus da prova, com surpresa para as partes, quando do julgamento da apelação.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido.

A jurisprudência acima representa uma das demandas em que a autora não conseguiu comprovar o uso do medicamento anticoncepcional no período da gravidez o que levou ao afastamento da responsabilidade da empresa farmacêutica responsável pela fabricação e comercialização de tais medicamentos.

Na análise da presente ementa é possível notar que consideraram necessário comprovar o uso do medicamento trazendo qualquer meio que se torne possível a comprovação, por exemplo, apresentação de caixas do medicamento, notas fiscais comprovando a sua compra, ao passo que do contrário a inversão do ônus da prova significaria a procedência automática do pedido formulado.

Além disso, o Supremo Tribunal de Justiça se deparou no julgamento de casos que onexo causal da obrigação de indenizar foi considerado rompido por não haver a comprovação de uso do medicamento por parte das autoras, tais casos são: Recurso Especial nº 798803/BA, Recurso Especial nº 844969/MG, Recurso Especial nº 883612/ES, Recurso Especial nº 697078/BA.

Analisando os casos acima apresentados podemos chegar a algumas conclusões a respeito do posicionamento do STJ sobre o tema. Em uma primeira análise pode-se observar que a procedência das demandas se deve ao fato de comprovação do uso dos medicamentos anticoncepcionais ou de sua presunção habitual de utilização, os quais não restaram provados nas demandas julgadas improcedentes e que o argumento principal de tais julgamentos foi à responsabilidade objetiva das empresas o qual devem arcar com os danos provenientes de seus produtos colocados a disposição dos consumidores no mercado por erros existentes em seu processo produtivo.

Sobre a questão dos danos morais, mesmo sob os argumentos de que o nascimento de uma criança não poderia ser considerado um abalo moral aos pais, a falha da finalidade principal de um medicamento anticoncepcional, ou seja, evitar à gravidez frustra a opção da mulher que não desejando engravidar faz o uso de tal medicamento, o que seria por si só suficiente para ensejar uma indenização pela compensação dos danos morais por ela sofridos.

De modo equivalente são os julgados sobre casos de preservativos que se romperam com o uso, verificando-se o defeito em sua fabricação e considerar que a proteção por eles fornecida não é totalmente garantida, há uma chance mínima de falhas.

Grande parte dos julgados contendo o tema não obtém êxito, sob os argumentos de que em sua maioria são considerados casos fortuitos, ou seja, fatos ou eventos imprevisíveis ou de difícil previsão, o seu rompimento e deste modo a compensação pelos danos ocorridos é negada.

Dos poucos julgados contendo a procedência da demanda podemos citar a Apelação nº 9194729-92.2008.8.26.0000, de relatoria do Desembargador Joaquim Garcia, da 8ª Câmara de Direito Privado, julgado em 11 de fevereiro de 2009, segue:

Indenização por danos morais e materiais - Julgamento ultra petita - Ocorrência - Sentença que condenou a empresa-ré ao custeio do tratamento médico, sem que esse pedido tenha sido formulado na inicial - "Princípio da Congruência" - Arts. 128 e 460 do CPC - Limitação do decism, excluída a condenação por danos materiais. Indenização por danos morais - Preservativo - Rompimento - Autora infectada pelo vírus HIV - Procedência - Responsabilidade objetiva - Fabricante que responde pelos danos causados pelo produto, independentemente de culpa - Art. 12 do CDC - Ré que não logrou comprovar a incolumidade do preservativo utilizado pela autora - Ausente culpa exclusiva da consumidora - Indenização devida - Pretendida majoração pela autora - Inconsistência - Pessoa que se relacionou com parceiro sabidamente soropositivo - Exposição ao risco que deve ser sopesada na quantificação do dano - Apelo da ré parcialmente provido - Improvido recurso da autora.

É possível observar no julgamento que os desembargadores consideraram que a fabricante do preservativo responde pelos danos causados pelo seu produto independentemente de culpa conforme dispõe o Art. 12 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/90), ainda levantaram a questão que a empresa ré não conseguiu provar a incolumidade do preservativo utilizado pela autora, foi feita perícia nos demais preservativos do mesmo lote que o utilizado pela autora. Por fim, além da gravidez a questão de maior relevância foi o fato da autora ter sido infectada pelo vírus HIV devido a falha do preservativo o que se não tivesse sido falho poderia evitar a contaminação de tal doença, situação esta que se faz necessária a responsabilização da empresa.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Sexta Câmara Cível, no julgamento da Apelação cível nº 70018926238, relatoria do Desembargador Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, julgado em 24 de julho de 2008, se deparou com um caso semelhante ao anterior, porém, julgou de forma contrária. Segue abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DEFEITO NO PRODUTO. DANOS DECORRENTES DA RUPTURA DE PRESERVATIVOS. GRAVIDEZ INDESEJADA E TRANSMISSÃO DO VÍRUS HIV. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA FABRICANTE DO PRODUTO. PROVA DE AUSÊNCIA DO DEFEITO ART. 12, §3º, DO CDC. A responsabilidade civil do fabricante pelo defeito no produto é objetiva. Ao fabricante incumbe demonstrar a ocorrência de uma das causas excludentes do dever de indenizar. Inteligência do disposto no art. 12, §3º, do CDC. Caso em que restou demonstrada a ausência de defeito no produto. Ausência, pois, do dever de indenizar. APELO DESPROVIDO.

Pela análise do presente julgado é possível notar a postura do Tribunal que não restando provada a falha do preservativo mesmo que este cause graves consequências ao consumidor, o apelo foi julgado desprovido, ao passo que restando evidenciada a falha no produto o julgamento seria diverso.

Ainda, sob o mesmo entendimento de apelo desprovido podemos fazer referência ao julgamento da Apelação nº 2.0000.00.414639-8/000, de relatoria da Desembargadora Eulina do Carmo Almeida, julgado em 27 de maio de 2004 pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Segue abaixo a ementa do julgamento:

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

Nota-se que no julgamento da presente demanda os desembargadores no voto entenderam que o risco é inerente ao produto, sob o argumento de que este método contraceptivo não é livre de falhas e ainda pelo fato que nenhum método contraceptivo disponibilizado no mercado é totalmente seguro e desprovido de riscos, sendo assim entenderam que o rompimento do preservativo caracteriza mero caso fortuito.

Além deste julgamento o Tribunal de Minas Gerais se deparou com o julgamento de outro caso semelhante envolvendo o rompimento de preservativo que foi considerado pelo Tribunal como sendo um caso fortuito isentando o dever de indenizar da empresa. Segue abaixo a ementa do julgamento da Apelação nº 1.0024.09.724485-9/001, julgado em 27 de outubro de 2011, sob a relatoria da Desembargadora Versiani Penna:

APELAÇÃO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - PROVA PERICIAL DESNECESSÁRIA - DISPENSABILIDADE - PRESERVATIVO ROMPIDO - CASO FORTUITO - EXCLUDENTE DO DEVER DE INDENIZAR - DANOS MORAIS NÃO COMPROVADOS - APELO DESPROVIDO. - Cabe ao juiz, como destinatário da prova, aferir sobre a necessidade ou não da sua realização, dispensando a que se mostre desnecessária. (Inteligência do art. 130 do CPC). - O dano moral é aquele que fere a alma do ofendido, seu espírito, sua honra, sua dignidade, seu conceito perante si mesmo e perante toda a sociedade. Uma vez que sofra uma lesão de tal ordem, tem o direito de ver o infrator julgado e condenado a lhe pagar uma verba que compense ou amenize a dor, o constrangimento, a que, injustamente, foi submetido. - Nem todas as situações desagradáveis, angústias, medos, sustos, decepções, sensação de injustiça, que ocorrem no cotidiano das pessoas, são intensos e duradouros, a ponto de romper o seu equilíbrio psicológico e dar ensejo à reparação por dano moral.

Passando o debate jurídico de nossos Tribunais acerca do rompimento de preservativos outro tema de grande repercussão jurisprudencial se deve a gravidez de casais que se submeteram a métodos contraceptivos permanentes, tais como vasectomia e laqueadura.

As demandas apresentadas em nossos Tribunais sob o fundamento na falha destes métodos contraceptivos permanentes buscam configurar um nexo causal entre os erros médicos e a gravidez indesejada.

Segundo Rafael Peteffi da Silva (2009, p. 12) em levantamento feito pelo julgamento nos principais Tribunais brasileiros é possível concluir que na maioria dos casos de gravidez que o homem ou a mulher se submeterem a um procedimento cirúrgico de vasectomia ou laqueadura são julgados improcedentes sob o fundamento de que o erro médico precisa ficar evidenciado, pois estas técnicas seriam uma obrigação de meio profissional e não de resultado.

Ressalta ainda, a existência da possibilidade de reversão destes procedimentos cirúrgicos, tornando-se impossível verificar na maioria dos casos o erro médico como sendo a principal causa da gravidez, o que se mostra neste tipo de demanda o quão difícil é a comprovação da culpa médica.

Seguindo este mesmo posicionamento, segue abaixo a ementa do julgamento da Apelação Cível nº 2003.021450-0, de relatoria do Desembargador Wilson Augusto do Nascimento, julgado em 16 de abril de 2004 pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - CIRURGIA DE VASECTOMIA - OBRIGAÇÃO DE MEIO - GRAVIDEZ NÃO DESEJADA - INFORMAÇÕES SOBRE A FALIBILIDADE DO MÉTODO -

NÃO CONFIGURADA A NEGLIGÊNCIA, IMPRUDÊNCIA OU IMPERÍCIA DO MÉDICO - NEXO DE CAUSALIDADE AUSENTE - RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL AFASTADA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. A jurisprudência e a doutrina têm classificado as cirurgias de vasectomia como obrigações de meio, não gerando indenização eventual gravidez indesejada, por não se tratar de método absoluto, eis que, estatisticamente, este procedimento prevê a possibilidade de falha a cada dois mil casos. (TJ-SC - AC: 214500 SC 2003.021450-0, Relator: Wilson Augusto do Nascimento, Data de Julgamento: 16/04/2004, Terceira Câmara de Direito Civil)

Nas raríssimas hipóteses de julgamentos procedentes se nota que foi possível demonstrar a culpa médica no dever de informar, os quais não prestam informações corretas a respeito de possível reversão e posterior gravidez aos pacientes submetidos a estas técnicas contraceptivas permanentes. Ainda, nestas poucas decisões favoráveis é afastada qualquer hipótese de compensação pelo nascimento, haja vista o entendimento que o nascimento de uma criança nunca poderá ser considerado como um abalo moral passível de compensação aos pais. Nesta perspectiva é de se exemplificar o julgamento da Apelação Cível nº 0032922-85.2009.8.26.0000, de relatoria do Desembargador Claudio Godoy, da 1º Câmara de Direito Privado, julgado em 30 de abril de 2013 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, segue abaixo a ementa:

Responsabilidade Civil. Laqueadura. Paciente que ficou grávida do quinto filho meses após a cirurgia. Dever de informação que não foi adequadamente atendido. Art. 10, §1º, da Lei 9.263/96. Responsabilidade do médico suficientemente demonstrada. Indenização moral devida, mas não no patamar pretendido. Devida também pensão mensal, até que o menor atinja a maioridade. Sentença revista. Recurso parcialmente provido. (Apelação Cível n. 0032922-85.2009.8.26.0000. Rel. Des. Claudio Godoy. 1ª Câmara de Direito Privado, julgado em 30.04.2013)

O Tribunal de Justiça de São Paulo se deparou posteriormente a um caso semelhante ao anterior, no entanto, o julgamento do recurso da autora foi desprovido ao argumento de que a autora não provou que houve negligência ou imperícia médica no procedimento de realização da laqueadura. Segue abaixo a ementa do julgado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. CF, art. 37, § 6º. CC, art. 186. 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)

Todos os casos ora apresentados acerca da gravidez resultante de casais que se submeteram a procedimentos contraceptivos permanentes, como vasectomia e laqueadura, demonstra como é difícil para os nossos tribunais o julgamento da demanda, pois é difícil a demonstração pelas partes da culpabilidade profissional, a falta de informação a respeito da reversão da cirurgia, dos riscos de gravidez e dos cuidados a serem tomados pós-cirurgia.

Assim, nas raríssimas hipóteses em que ficou comprovado a negligência no dever de informar houve o dever de indenizar, ao passo que nas hipóteses que não foi possível a comprovação de tais situações os recursos foram julgados desprovidos por nossos tribunais.

Ao fazermos uma comparação do direito brasileiro com o direito internacional podemos observar que as ações fundadas em wrongful birth, ou seja, casos de nascimento indesejado de crianças deficientes não se mostram presentes em nosso ordenamento pátrio, sendo a única hipótese que mais se assemelha ao tema em questão é a possibilidade do aborto no caso de fetos anencéfalo. Podemos observar ainda que o direito internacional está muito a frente do direito brasileiro, tanto na questão de precedentes quanto na evolução do tema que consideram um fato passível de indenização.

Nosso ordenamento jurídico enfrenta problemas a respeito deste entendimento tão difundido no direito internacional, pensar na hipótese de aborto em casos de crianças portadoras de graves enfermidades e ainda ser possível o ajuizamento de ações sob este argumento sendo passível de indenização é difícil de encontrar respaldo pacífico, ao passo que nosso sistema criminaliza o aborto (arts. 124 a 127 do Código Penal) e pela forte e massiva doutrina de proteção integral da vida, que apesar de nosso Estado ser laico a Igreja, ou melhor, a religião, exerce

ainda grande influência sobre a sociedade, sendo que para muitas crenças a vida é um “dom divino”, sendo que para nós aplicadores do direito se torna um embate poder estabelecer parâmetros entre a “vida digna de ser vivida” e a “morte segura”.

Por este viés, é possível identificar apenas as hipóteses de aborto tipificadas no art. 128 do Código Penal e na hipótese de feto anencéfalo com base no entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal através do julgamento da ADPF nº 54. Portanto, pensar em hipóteses mais abrangentes no momento atual é praticamente impossível sendo necessário antes pensar em legislações que venham a ampliar as hipóteses abortivas, no mais o mínimo que poderíamos contextualizar as ações de wrongful birth com o direito brasileiro seria a possibilidade de indenizações haja vista que a opção de interrupção de gravidez seria impossível.

A grande polêmica das wrongful life, ou seja, ações em que a própria criança pleiteia indenização por ter nascido ao passo que uma “não vida” seria melhor do que a prevalência de uma “vida nua” é de grande repercussão no direito internacional e que no direito brasileiro não se vislumbraria como hipótese pacífica de aceitação.

Como se pode observar no julgamento de demandas por wrongful life em tribunais internacionais verifica-se que muitos optaram por rejeitar demandas sob este fundamento ao passo que preferiram a proteção e o respeito à vida. Nos poucos casos favoráveis viu-se que os tribunais decidiram baseados no dever de informar do médico a respeito de riscos ou possíveis doenças e mesmo nos julgamentos favoráveis a discussão sobre a prova do nexo de causalidade entre a conduta médica e o nascimento de uma criança com grave enfermidade foi bastante discutida, pois em alguns casos foram considerados que os médicos não tiveram culpa nas malformações da criança.

Igualmente as wrongful birth, as demandas por wrongful life encontrariam dificuldades no ordenamento jurídico brasileiro ao passo que além da criminalização do aborto, o fato de figurar no polo ativo uma criança deficiente, ainda que representada por seus pais, ao argumento de que não deveria ter nascido e vislumbrar nesta hipótese de não ter nascido como sendo um direito dela é de difícil elucidação para o direito brasileiro, pois o direito não encontra-se apto ainda em poder valorar que um “não nascimento” seria preferível ao nascimento, são temas que fogem ao alcance da ciência jurídica cabendo a outras áreas do conhecimento a

tarefa de poder fazer estas delimitações auxiliando pra uma melhor clareza e justa aplicação dos institutos jurídicos.

Assim, fica impensável imaginar alguém exercendo direitos sem ao menos ter adquirido personalidade ou que representantes seus decidam sobre sua vida, sem ao menos o maior interessado ter a capacidade de decidir sobre seu futuro.

Ora, o direito brasileiro não trouxe ainda os conceitos de vida injusta, vida indigna, vida nua, para nosso ordenamento só a vida merece proteção e qualquer violação ou atentado contra a vida merece uma reprimenda maior.

Porém, o julgamento da ADPF nº 54 pelo Supremo Tribunal Federal pode se tornar um marco importante para a ampliação e discussão do tema, ao passo que pela primeira vez um órgão trouxe em discussão que uma vida sem potencial, como no caso de feto anencéfalo, não há de se falar em direito a vida, tratando-se de uma morte segura, este pode ser o primeiro passo para a ampliação do tema.

CONCLUSÃO

O direito de não nascer ou a prevalência da vida nua se mostrou um tema bastante polêmico no direito internacional, desde os seus primórdios quando trouxe as duas ações que conhecemos e foram discutidas ao longo do presente trabalho quais sejam as wrongful birth e wrongful life, estas ações buscavam indenizações pelos erros médicos cometidos que impulsionaram no nascimento de uma vida totalmente inviável de ser vivida.

As wrongful birth e wrongful life vieram encapadas com o direito de não nascer e com isso deu origem ao debate acerca da prevalência da vida nua, tais questionamentos se confrontam entre si, uma vez que será que o não nascer, ora considerado um direito personalíssimo, se sobressairia em face da prevalência de uma vida nua, ou seja, uma vida incompleta, que lhe falta algo, que não apresente todas as características para um viver dignamente?

Ao longo da discussão sobre o tema podemos observar o quão difícil é a comparação do não nascer e da prevalência da vida nua, pois os casos analisados e julgados por Tribunais internacionais percebem-se o quanto temiam em poder afirmar ou até mesmo dar um posicionamento a respeito de que o não nascimento de uma criança portadora de graves enfermidades seria melhor do que seu nascimento, é uma comparação que foge do campo jurídico poder diferenciar, são questões que englobam valores não passíveis de valoração, são questões dúbias, não passíveis de certezas, sendo assim se torna evidente que na análise de um caso fazer este tipo de comparação foge da realidade a que vivemos, pois valorar um não nascer e a prevalência de uma vida nua não é tão fácil quanto parece cabendo a outras áreas do conhecimento poder fazer esta distinção auxiliando na construção jurídica acerca do tema e na correta aplicação dos institutos garantidores de direitos.

Apesar desta questão ainda não ser pacífica nos ordenamentos jurídicos apresentados e estudados as ações por wrongful birth e wrongful life trouxeram ainda uma questão de suma importância no direito principalmente acerca das indenizações que elas proporcionaram, pois a sua propositura possibilitou proteger pecuniariamente aqueles que sofreram danos morais e/ou materiais em virtude de uma negligência ou falha médica.

Nota-se ainda uma discrepância muito grande do ordenamento jurídico brasileiro para os demais ordenamentos jurídicos ora analisados, pela análise jurisprudencial sobre o tema foi possível notar que o Brasil ainda é prematuro comparado aos demais ordenamentos, nosso país começou a solucionar casos na década de 90 enquanto países como os Estados Unidos se depararam com estas questões na década de 70.

Pelo fato do Brasil ainda ser prematuro quando o assunto é direito de não nascer, prevalência da vida nua, wrongful birth, wrongful life, isso traz algumas consequências importantes de serem notadas, pois enquanto países como Estados Unidos, França, Inglaterra se verifica uma maior proteção dos autores das demandas em nosso país a proteção ainda é fraca.

E mais, a diferença legislativa também é gritante, nos países analisados percebe-se que o aborto voluntário é um tema pacífico de aceitação, em contrapartida o aborto no Brasil é pacífico apenas nas hipóteses taxativamente permitidas na Lei, tal restrição torna a temática com uma menor possibilidade de abertura.

A questão probatória também se mostrou diferente nos vários ordenamentos analisados, no Brasil a comprovação da culpa ou defeito dos serviços e produtos é de suma importância para o julgamento procedente da demanda, portanto ficaram evidentes que o número de julgados procedentes ficou bem abaixo das demais jurisprudências internacionais justamente pela dificuldade do autor em poder provar suas alegações. Ainda, os demais países têm uma visão mais aberta da culpa do que o Brasil, principalmente quanto o assunto é a culpa médica.

Importante ainda frisar que mesmo o nosso Estado sendo laico, ou seja, sem ter uma religião oficial aceitando as mais diversas crenças e religiosidades, ao longo de nossa história é nítida e marcante a atuação da Igreja, inclusive encontrando respaldo em alguns artigos de nossa Magna Carta. Neste sentido, nossa sociedade ainda encontra-se entrelaçada com os preceitos que a religião traz sendo difícil estabelecer um parâmetro divisório entre a “vida digna” e a “morte segura” possibilitando assim uma ampliação das hipóteses abortivas e consequentemente pensarem em ações por wrongful birth e wrongful life, tutelando aqueles que se sentiram lesados com o seu nascimento. Além do que mesmo nas hipóteses taxativas legalmente autorizadas do aborto ainda há certa pressão social, muitas vezes influenciados pela Igreja, às vítimas que se valem de tal prática.

Concluído estes pontos diferenciadores da jurisprudencial nacional e internacional sobre o tema podemos pontuar ainda alguma semelhança notável, a questão do dano a ser indenizável é semelhante em ambos os países, todos os casos analisados consideraram que a falha ou defeito no produto ou serviço que gera uma gravidez indesejada deve ser indenizável, no entanto, diferenciam-se quanto ao dano compensável, alguns entendem como dano moral, outros como dano material, outros há a possibilidade no pagamento de pensão mensal, ou seja, quais os pedidos que devem ser atendidos.

Portanto, por tudo que foi exposto até então é possível concluir que o Brasil ainda é prematuro quando debatemos sobre o tema, até porque nosso país teve seus primeiros casos semelhantes na década de 90 ao fundamento de nascimento indesejável, enquanto os demais países já teriam uma vasta experiência julgando demandas por wrongful birth e wrongful life. A questão do nosso país restringir o aborto voluntário também é de suma importância para dificultar um amplo debate sobre o tema, percebemos que os países que apresentam uma ampla possibilidade de abortos voluntários possuem uma jurisprudência mais vasta. As indenizações mesmo sendo semelhantes em ambos os países, nosso país ainda enfrenta uma barreira maior em virtude da necessária comprovação da culpa.

Por fim, é importante frisar que o julgamento da ADPF nº 54 pelo Supremo Tribunal Federal pode se tornar um marco importante para a ampliação e discussão do tema, ao passo que pela primeira vez um órgão trouxe em discussão que uma vida sem potencial, como no caso de feto anencéfalo, não há de se falar em direito a vida, tratando-se de uma morte segura, este pode ser o primeiro passo para a ampliação da discussão sobre o tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIDOS WILSON, F. F. d. S. d., 2014. **Ser ou Não ser - A Responsabilidade Civil nas ações de wrongful birth e wrongful life** - Dissertação de Mestrado em D. Faculdade de Direito da Universidade do Porto: s.n.

A Espanha só permitirá o aborto por estupro ou risco da mãe. **El País**. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2013/12/20/actualidad/1387568987_246080.html> Acesso em: 30.10.2017

BALDINI, Gianni. **Riflessioni di biodiritto**, Firenze, CEDAM, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Código penal**. Decreto-lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940.

CABRAL, Ana. **Conceitos gerais sobre a Morte Digna e a Eutanásia**. Disponível em: <http://www.apcp.com.pt/uploads/conceitos_gerais_morte_digna_e_eutanasia.pdf> Acesso em: 05/08/2017

CAMARGO, Caroline Leite de e JUNIOR, Teófilo Marcelo Leão Arêa. Teoria do “direito de não nascer” e a sua aplicação no direito civil brasileiro. **PublicaDireito**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1eff77814e0b3238>>. Acesso em: 19/04/2017

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

DAILY MAIL REPORTER. **Victory for couple who said they 'would have aborted daughter if they knew she had Down's syndrome' as jury forces hospital to pay \$2.9million following botched test**. U.K. Publicado em: 11.03.2012. Disponível em: <<http://www.dailymail.co.uk/news/article-2113342/Deborah-Ariel-Levy-Portland-couple-wins-case-Legacy-Heath-wrongful-birth-daughter-born-Down-syndrome.html>> Acesso em: 18.06.2017

DE SÁ, Maria de Fátima Freire. **Bioética: impacto do projeto parental na escolha do filho**. Disponível em: <

<http://clarissabottega.com/Arquivos/Bioetica/bioetica%20projeto%20parental.pdf>>
Acesso em: 17.06.2017

DIAS PEREIRA, André Gonçalo, 2015. **Direitos dos Pacientes e Responsabilidade médica**. 1.a ed. Coimbra: Coimbra editora.

DA SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. Disponível em: <
<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:2009;000860172>>
Acesso em: 18.06.2017, 24.06.2017 e 01.07.2017

DA SILVA, Sara Elisabete Gonçalves. Ano 03 (2017). Nº 02. 907-956. **Vida Indevida (Wrongful Life) e Direito à não existência**. Disponível em:
<revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/ldl/article/download/2384/2522> Acesso em:
24.06.2017

DOENÇA, Tay-Sachs. **Centro de Genomas**. Disponível em: <
http://www.centrodegenomas.com.br/m437/testes_geneticos/doenca_de_tay-sachs>
Acesso em: 28.10.2017

Entrevista sobre o Direito de Viver ou Morrer. **Revista Direito**. Disponível em: <
<http://revistadireito.com/entrevista-sobre-o-direito-de-viver-ou-morrer/#more-1879>>
Acesso em: 30.10.2017

FLOOD, Julle T., **New Hampshire: Uncharted Territory**. 2007, p. 11-12. Disponível em: <
<http://www.aul.org/docs/statecourts/NH.pdf>> Acesso em: 18.06.2017.

GALLAGHER, Kathleen. **Wrongful Life: Should the Action be Allowed?** Louisiana Law Review, vol. 47, n. 6, publicado em julho de 1987. Disponível em: <
<http://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5066&context=lalrev>>
Acesso em: 17.06.2017

GODOY, Gabriel Gualano de. **Acórdão Perruche e o Direito de não nascer**. Universidade Federal do Paraná, 2007. Disponível em:
<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/12026/nao_nascer_FINAL.pdf%3bjsessi> Acesso em: 24.06.2017

GONZÁLEZ, José Alberto. R. L., 2014. **Wrongful birth wrongful life - o conceito de dano em responsabilidade civil**. Lisboa: Quid Juris.

HENSEL, Wendy F. **The disabling impact of wrongful birth and wrongful life actions**. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, vol.40, 2005. Disponível em: <
http://web.archive.org/web/20120203123136/http://www.law.harvard.edu/students/orgs/crcl/vol40_1/hensel.pdf> Acesso em: 18.06.2017

IBGE: Censo demográfico 2010. **Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência**. Rio de Janeiro: IBGE, 2012. Disponível em:
<ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografi

co_2010/Caracteristicas_Gerais_Religioa_Defi ciencia/caracteristicas_religiao_defi ciencia.pdf>. Acesso em: 01/05/2017.

JACKSON, Anthony. **Action for Wrongful Life, Wrongful Pregnancy, and Wrongful Birth in the United States and England**. 17 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 535 (1995). Disponível em: < <http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol17/iss3/3/>> Acesso em: 18.06.2017

KELLEY, Patrick J. **Wrongful Life, Wrongful Birth, and Justice in Tort Law**. Washington University Law Review, vol. 1979, ed. 4º. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2549&context=lawreview>> Acesso em: 17.06.2017

MANSO, L. D. B., 2012. **Responsabilidade Civil em Diagnóstico Pré-natal - o caso das ações de "wrongful Birth"**, n.º 18. Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde, julho/dezembro, p. 161-182.

MARTA, Taís Nader e KUMAGAI, Cibele. Princípio da dignidade da pessoa humana. **Âmbito-Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7830>. Acesso em: 18/04/2017

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 25.06.2017

MOTA, Paulo Pinto. 2007. **Indemnização em caso de "nascimento indevido" e de "vida indevida" ("wrongful birth" e "wrongful life")**. Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4 – n.º. 7, janeiro/junho, p. 10.

NETO, Eugênio Facchini, 2015. **A Tutela Aquiliana da Pessoa Humana: os interesses protegidos. Análise de Direito Comparado**. Ano 1, n.º 4. Revista Jurídica Luso Brasileira. Disponível em: < <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/764>> Acesso em: 17.06.2017 e 24.06.2017

NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência**. rev. e ampl. 2. ed São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Grazielle. Apenas 35% dos casos de estupro no Brasil são notificados. **Época**. 27/05/2016. Disponível em: <

<http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2016/05/apenas-35-dos-casos-de-estupro-no-brasil-sao-notificados.html>> Acesso em: 01.07.2017

PEREIRA, André Gonçalo Dias, 2015. **Direitos dos Pacientes e Responsabilidade médica**. 1.a ed. Coimbra: Coimbra editora. Disponível em: <
<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/106890/105510>> Acesso em: 18.06.2017

PEREIRA, Paula Cargnin. **Responsabilidade civil e o nascimento indesejado: uma análise jurisprudencial**. 2013. 87 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. Disponível em: <
<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/104348/Monografia-%20PAULA%20CARGNIN%20PEREIRA.pdf?sequence=1>> Acesso em: 17.06.2017 e 25.06.2017

POZGAR, George D. **Legal aspects of health care administration**. 9ª ed. Jones and Bartlett Publishers, 2004. Disponível em: <
https://books.google.com.br/books?id=5CX2tEk5_4gC&pg=PA564&dq=Legal+aspect+s+of+healthcare+administration+9th+edition&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwih-L6498fUAhVBWpAKHcWSBQ8Q6AEIKTAB#v=onepage&q=Legal%20aspects%20of%20healthcare%20administration%209th%20edition&f=false> Acesso em: 17.06.2017

PROJETO DE LEI 478/07. Disponível em: <
<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/747985.pdf>> Acesso em: 01.07.2017

RAPOSO, Vera Lúcia. As wrongactions no início da vida (wrongfulconception, wrongfulbirth e wrongfullife) e a responsabilidade médica. **Revista Portuguesa do Dano Corporal**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.n. 21, 2010. p. 61-99. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10316.2/4210>>. Acesso em: 19.04.2017, 18.06.2017 e 24.06.2017.

REFORMA DO CÓDIGO PENAL (PLS 236/12). Disponível em: <
<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/08/20/relatorio-do-novo-codigo-penal-mantem-aborto-e-eutanasia-como-crimes-e-dificulta-progressao-de-regime>> Acesso em: 01.07.2017

SAMPAIO, Antonio Vasconcelos. A vida para o Direito. **Direitonet**. 21 ago 2009. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5211/A-vida-para-o-Direito>>. Acesso em: 17.04.2017

SANTO, André Mendes Espírito. Eutanásia e vida digna: uma questão de direitos humanos. **Âmbito-Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1025>. Acesso em: 18.04.2017

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SÍNDROME, da Rubéola Congênita. **Portal de Saúde**. Disponível em: <
<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/svs/sindrome-da-rubeola-congenita>> Acesso em: 28.10.17

SOUZA, Iara Antunes de. **RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ACONSELHAMENTO GENÉTICO: concepção indevida (wrongful conception), nascimento indevido (wrongful birth), vida indevida (wrongful life)**. Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <
http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SouzaIA_1.pdf > Acesso em 18.06.2017.

STJ condena Schering a pagar indenização por “pílulas de farinha”. **G1.globo.com**. Publicado em: 24/03/08 às 19h47min. Atualizado em: 25/03/08 às 01h48min. Disponível em: < http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL361980-9356,00-STJ+CONDENA+SCHERING+A+PAGAR+INDENIZACAO+POR+PILULAS+DE+FA+RINHA.html> Acesso em: 01.07.2017

STJ - REsp: 1096325 SP 2008/0233955-0, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 09/12/2008, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/02/2009. Disponível em: <
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2502594/recurso-especial-resp-1096325-sp-2008-0233955-0/inteiro-teor-12220518>> Acesso em: 01.07.2017

STJ - REsp: 720930 RS 2005/0013366-0, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 20/10/2009, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/11/2009. Disponível em: <
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5918853/recurso-especial-resp-720930-rs-2005-0013366-0-stj>> Acesso em: 01.07.2017

TJ-MG 200000041463980001 MG 2.0000.00.414639-8/000(1), Relator: Eulina do Carmo Almeida, Data de Julgamento: 27/05/2004, Data de Publicação: 03/08/2004. Disponível em: < <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5825885/200000041463980001-mg-2000000414639-8-000-1/inteiro-teor-11974608>> Acesso em: 02.07.2017

TJ-SC - AC: 214500 SC 2003.021450-0, Relator: Wilson Augusto do Nascimento, Data de Julgamento: 16/04/2004, Terceira Câmara de Direito Civil. Disponível em: <

<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5203267/apelacao-civel-ac-214500-sc-2003021450-0/inteiro-teor-11620626?ref=juris-tabs>> Acesso em: 02.07.2017

TJ-SP - APL: 00329228520098260000 SP 0032922-85.2009.8.26.0000, Relator: Claudio Godoy, Data de Julgamento: 30/04/2013, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 02/05/2013. Disponível em: < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116152608/apelacao-apl-329228520098260000-sp-0032922-8520098260000/inteiro-teor-116152618?ref=juris-tabs>> Acesso em: 02.07.2017

TJSP: APL 0011743-45.2003.8.26.0602, 10ª Câmara de Direito Público, Relator: Torres de Carvalho, Data de Julgamento: 20/05/2013. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/70626926/djro-21-05-2014-pg-234>> Acesso em: 02.07.2017

VERLI, Lorena. Quando começa a vida? **Mundo Estranho**. 18 abr 2011, 18h34 - Atualizado em 19 ago 2016, 17h50. Disponível em: <<http://mundoestranho.abril.com.br/ciencia/quando-comeca-a-vida>>. Acesso em: 17/04/2017

VIDA. In: DICIONÁRIO AURELIO. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/vida>>. Acesso em: 17.04.2017

WEIL, Elizabeth. **A Wrongful Birth?** Publicado em: 12.03.2006. Disponível em: < <http://www.nytimes.com/2006/03/12/magazine/a-wrongful-birth.html>> Acesso em 18.06.2017

WUNSCH, Guilherme. O direito de não nascer e as fronteiras entre os conceitos de pessoa e vida no caso Nicolas Perruche. **Empório do Direito**. 16/11/2015. Disponível em: < <http://emporiოდodireito.com.br/o-direito-de-nao-nascer-e-as-fronteiras-entre-os-conceitos-de-pessoa-e-vida-no-caso-nicolas-perruche-por-guilherme-wunsch/>>. Acesso em: 19.04.2017

YÁGÜEZ, Ricardo de Angel. **Demandas por responsabilidad en relación con los diagnósticos preimplantatorios y prenatales y el consejo genético**. Genética y Derecho (Carlos María Romeo Casabona, Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=608310>> Acesso em: 17.06.2017