

RESPONSABILIDADE CIVIL PELO NASCIMENTO DE FILHOS INDESEJADOS:
COMPARAÇÃO JURÍDICA E RECENTES DESENVOLVIMENTOS JURISPRUDENCIAIS

*COMPENSATION FOR WRONGFUL CONCEPTION: COMPARATIVE LAW AND RECENT
LEGAL DEVELOPMENTS.*

Rafael Peteffi da Silva¹

Ricardo Soares Stersi dos Santos²

SUMÁRIO

1- Introdução 2- Conceitos operacionais existentes no direito estrangeiro, distinções necessárias e o desenvolvimento da responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados (*wrongful conception*) 2.1- Nomenclatura e sistematização 2.2- Desenvolvimento jurisprudencial no direito estrangeiro 3- O ordenamento jurídico brasileiro e as possibilidades indenizatórias relacionadas ao nascimento de filhos indesejados.. 3.1- Dano patrimonial 3.2- Dano Moral 4- Conclusão.

RESUMO: O artigo apresenta a atual configuração dos danos relacionados com as categorias de *Wrongful Conception*, *Wrongful Birth* e *Wrongful Life*, entretecendo os avanços registrados principalmente no Direito Norte-Americano e no Direito Francês. Este estudo serve de base comparativa para a análise da assistemática jurisprudência nacional, que trabalha principalmente com a responsabilidade civil decorrente de falhas em procedimentos de vasectomia e laqueadura tubária, com vistas a perceber as possibilidades de recepção dos modelos jurídicos estrangeiros, mormente no que concerne à quantificação dos prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais sofridos pelas vítimas que trazem ao mundo crianças indesejadas. Será efetuado o estudo crítico dos precedentes nacionais, no intuito de se encontrar a decisão mais adequada para os casos concretos.

PALAVRAS-CHAVE: filhos indesejados -- Wrongful conception – gravidez indesejada – vasectomia -reparação.

¹ Professor dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em Direito Civil (USP). Diretor-geral da Escola Superior de Advocacia de Santa Catarina.

² Professor dos Curso de Graduação e de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-Doutorado na Universidade Federal de Pernambuco.

ABSTRACT: This article presents the current configuration of damage related to the categories of Wrongful Conception, Wrongful Birth and Wrongful Life, entwining progress made mainly by American law and French law. This study serves as the basis for a comparative analysis of unsystematic jurisprudence, which deals mainly with civil liability for flaws in the vasectomy and tubal ligation procedures, in order to incorporate contributions from foreign legal models, especially with regard to the quantification of patrimonial and extra-patrimonial damages suffered by victims who give birth to unwanted children. The critical study of national precedents will be made, in order to find the most appropriate decision for the cases.

KEYWORDS: Wrongful conception. Wrongful birth. Unwanted children. Vasectomy. Reparation.

1-Introdução

Além das inovações introduzidas pelo advento da teoria do risco e da responsabilidade objetiva, inegável que uma das manifestações mais marcantes do avanço da responsabilidade civil hodierna relaciona-se com o surgimento de novos prejuízos indenizáveis. O dinamismo com que novos bens tuteláveis são desvelados pela sociedade moderna acaba por implicar, inexoravelmente, discussões sobre os mecanismos mais adequados para reparar as lesões perpetradas a esses bens, gerando a ampliação constante do conceito de dano indenizável.³

Exemplos bem acabados do fenômeno da ampliação dos danos indenizáveis encontramos nos casos que a doutrina norte-americana denomina de *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*.⁴ As três espécies citadas lidam com o nascimento de crianças de alguma forma indesejadas.

O *wrongful conception* aborda os casos de casais que escolheram lançar mão de métodos contraceptivos -- desde os mais prosaicos, como a vasectomia, até o aborto -- e, por falha médica, acabaram concebendo uma criança não planejada ou indesejada.⁵ Em *Kingsbury v. Smith*, a

³ Nesse sentido ver o admirável trabalho de Nancy Levit (1992), que cunhou a expressão “danos etéreos” para caracterizar as novas espécies de prejuízos indenizáveis, outrora inimagináveis.

⁴ No próximo capítulo será verificado que, além da controvérsia sobre o caráter indenizável desses danos, há ainda acesa controvérsia sobre a própria denominação correta das espécies citadas.

⁵ As espécies de *wrongful birth* e *wrongful life* ganharam inegável destaque com o aperfeiçoamento dos testes genéticos e a conseqüente possibilidade dos pais terem conhecimento das possíveis deficiências físicas e psicológicas de seus futuros filhos. Esse novo conhecimento científico, aliado a métodos abortivos, permitiu o surgimento de

Suprema Corte de New Hampshire concedeu indenização em um caso de uma mãe de três filhos que se submeteu a uma laqueadura tubária, mas acabou engravidando do quarto filho 18 meses após o procedimento.

Apesar de não utilizar taxionomia tão típica para o tratamento destes exemplos, o Direito Francês, mormente por também permitir o aborto, deparou-se com os mesmos problemas e efetuou análise não menos profunda. A Corte de Cassação da França manteve a decisão da Corte de Apelação de Riom, não concedendo qualquer reparação para uma jovem desempregada de 22 anos que se submeteu legalmente a um aborto, mas acabou dando à luz uma criança devido à falha cirúrgica do médico responsável, que não tomou o cuidado de verificar se o embrião havia realmente sido retirado do corpo da gestante. (JOURDAIN, 1991, p. 973)

Em uma análise apressada, as conexões entre o tema do presente trabalho e o ordenamento brasileiro parecem extremamente tênues, exatamente pela possibilidade reduzidíssima de hipóteses de efetivação de abortos lícitos no Brasil. Em trabalho anterior chegamos a analisar os pontos de contato entre a jurisprudência francesa sobre a matéria e as novas normas técnicas do Ministério da Saúde sobre o aborto. (PETEFFI DA SILVA, 2008, p. 183-209)

Entretanto, a jurisprudência brasileira mostra-se fértil em julgados que abordam a temática de filhos indesejados, na maioria dos casos resultado de métodos contraceptivos equivocadamente realizados, como a vasectomia e a laqueadura tubária. Portanto, apesar de não apresentar manifestações jurisprudenciais tão ricas como as encontradas no direito estrangeiro, o ordenamento nacional já reclama sistematização, pois a doutrina pátria não se aprofunda sobre o tema.⁶ Destarte, o lamentável episódio da distribuição de comprimidos anticoncepcionais

estratégias procriativas tuteladas pelo ordenamento jurídico e cujo eventual desrespeito perpetrado pelos médicos pode, segundo a opinião de muitos juristas, gerar o dever de indenizar. A ação de *wrongful life* ganha contornos ainda menos habituais, pois permite que a própria criança deficiente seja o autor da ação de indenização. Nesse sentido temos o trabalho de Darpana Seth (2006). A referida autora, baseada em recente pesquisa científica, afirma que, nos Estados Unidos, oitenta por cento dos fetos diagnosticados como portadores da Síndrome de Down são abortados. (SETH, 2006, p. 642)

⁶ Ainda temos poucos autores brasileiros que tratam a matéria. Com menção expressa às hipóteses típicas encontradas no Direito Norte-americano temos Kfoury Neto (2007). O ilustre autor, assim como aconteceu em nosso primeiro artigo sobre o tema, nota dificuldades em relacionar o tema do presente trabalho com o Direito Brasileiro, exatamente pelas possibilidades reduzidas de abortamento em nosso ordenamento. Nesse sentido as palavras do autor

adulterados (pílulas de farinha) por um grande laboratório farmacêutico renovou e consolidou a discussão jurisprudencial sobre o tema, gerando um interesse pelo assunto até então não observado em nosso país.

No segundo capítulo do presente estudo trabalharemos a abrangência e a evolução do dano pelo nascimento de filhos indesejados, efetuando a comparação com espécies análogas, principalmente encontradas no ordenamento norte-americano. O terceiro capítulo será dedicado ao estudo da incipiente produção doutrinária e da já relativamente substancial produção jurisprudencial nacional sobre a responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados. Pela grande quantidade de casos que possuem sobre a matéria, dar-se-á destaque aos sodalícios de São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul.

2- Novas tipologias de dano no direito estrangeiro:

Passaremos a analisar o rico desenvolvimento do assunto em ordenamentos estrangeiros, gerando uma base conceitual sólida para a análise da situação jurisprudencial no Brasil.

2.1- Nomenclatura e sistematização

Para que um racional debate seja viabilizado, alguns “acordos semânticos” devem ser realizados. Destarte, existe, no direito norte-americano, acesa controvérsia em relação à nomenclatura relativa ao *wrongful conception* e ao *wrongful birth*, dois institutos relacionados com o nascimento de filhos indesejados. Alguns autores, como Michael Murtaugh (2007, p. 246-247), utilizam-se do termo *wrongful birth* para denominar todo e qualquer tipo de ação movida por pais de filhos indesejados, podendo estes nascer sadios ou com alguma deficiência grave. Por outro lado, Darpana Sheth (2006) representa outra tendência doutrinária, que acredita que a designação *wrongful birth* deve ser empregada apenas para os casos de pais que deram à luz crianças deficientes. Nesses casos, os médicos normalmente deixam de efetuar o diagnóstico

“No Brasil, dada a severa restrição à prática do aborto (art. 128 do CP), tais reclamações careceriam de suporte legal. Na hipótese de a lei futura permitir a interrupção da gravidez, devido a grave anomalia fetal – como propõem alguns legisladores – a ação de *wrongful birth*, certamente, surgiria também aqui”. (KFOURI NETO, 2007, p. 34-35)

preciso sobre as condições do feto, retirando dos pais a possibilidade de abortamento. Para os casos em que os pais simplesmente não queriam ter filhos, mas estes acabam por nascer, saudáveis, o *wrongful birth* não seria utilizado. A autora (SETH, 2006, p. 647) ainda apresenta uma subdivisão para esses casos: quando o erro médico ocorrer por falhas na contracepção, como na hipótese de uma cirurgia de vasectomia mal realizada, utilizaríamos a designação *wrongful conception*, sendo utilizada a designação *wrongful pregnancy* para os casos do nascimento de crianças saudáveis em que o erro médico ocorrer após a concepção, como acontece com as falhas em procedimentos abortivos.⁷

Kathleen Mahoney (2006, p. 775), em aprofundado artigo sobre a nomenclatura utilizada pela jurisprudência norte-americana, reafirma a falta de consenso reinante na área, mas concorda com a tendência majoritária de considerar que o *wrongful conception* normalmente envolve uma gravidez não planejada, falhas contraceptivas por parte dos médicos e o posterior nascimento de uma criança “saudável”, enquanto o *wrongful birth* normalmente envolve uma gravidez planejada, falha em testes genéticos e o posterior nascimento de uma criança deficiente.

Assim, restaria para o *wrongful conception* abarcar todos os casos envolvendo o nascimento de crianças sem qualquer tipo de deficiência, mas indesejadas. Essa visão parece ser majoritária no Direito Norte-Americano.⁸

Concordamos com Mahoney quando esta afirma que uma sistematização mais específica de questões tão controvertidas auxiliaria a uniformizar conceitos e viabilizar discussões racionais. Essa observação pode ser ainda mais importante em um sistema de direito privado como o nosso, em que as cláusulas-gerais que caracterizam o direito obrigacional brasileiro devem ser concretizadas e propiciar a construção de catálogo de casos específicos, conferindo um padrão mínimo de segurança jurídica.⁹

⁷ Hensel (2005, p. 151) utiliza a denominação *wrongful birth* tanto para o caso do nascimento de crianças deficientes como para o caso do nascimento de crianças saudáveis, advertindo que nesse último caso as expressões *wrongful conception* e *wrongful pregnancy* são muito usadas.

⁸ Mahoney (2007, p. 786) identifica inúmeros doutrinadores alinhados com os conceitos defendidos.

⁹ Para um entendimento adequado do movimento de sistematização possibilitado pelas cláusulas gerais ver Martins-Costa (1988). Nunca é demais lembrar os enormes problemas que enfrentamos em nosso ordenamento jurídico por falta de “acordos semânticos” em torno de alguns conceitos utilizados. Paradigmáticos exemplos temos na Responsabilidade Civil do Estado, em que a teoria do risco administrativo é utilizada, por muitos autores, como

A doutrina francesa, que não conta com a taxionomia tão bem trabalhada como na doutrina norte-americana, serve-se de grandes decisões paradigmáticas para conseguir lançar as bases de um discurso racional e calcado nas mesmas premissas. Com efeito, como veremos a seguir, os autores franceses fazem referência expressa ao paradigmático “Arrêt Perruche” e a outros casos semelhantes para efetuarem os seus arazoados.

O presente trabalho utilizará a taxionomia majoritariamente encontrada no direito norte-americano.

2.2- Desenvolvimento jurisprudencial no Direito Estrangeiro.

Em 1934, a Suprema Corte de Minnesota foi instada a julgar o caso *Christensen v. Thornby*, em que um casal requeria reparação pelos custos advindos da segunda gravidez da esposa, provocada pelos equívocos médicos verificados no procedimento de uma vasectomia que falhou em deixar o cônjuge varão estéril. A referida vasectomia, conforme restou comprovado nos autos, havia sido recomendada pelos médicos porque a segunda gravidez geraria grande risco para a vida da esposa. Este primeiro caso enfrentado pelos tribunais norte-americanos foi julgado improcedente, pois se verificou que o bem jurídico tutelado pela vasectomia era a vida da esposa e, como a segunda gravidez acabou transcorrendo de maneira normal, não havia dano a ser reparado. (MURTAUGH, 2007, p. 253)

Vinte e dois anos mais tarde observou-se o segundo caso envolvendo *wrongful conception*: *Shaheen v. Knight* foi julgado na Pennsylvania e também foi considerado improcedente. Entretanto, aqui se encontra um fundamento novo, pois o tribunal considerou que o nascimento de uma criança, em qualquer hipótese, deve ser considerado um “evento abençoado”, colocando-se fora da moldura do conceito de dano indenizável.

sinônimo da teoria do risco integral, sem atentar para o sentido original desta última. Para uma noção dos problemas práticos que podem resultar dessa situação ver Cavalieri Filho (2007, p. 224). Os mesmos problemas de falta de “acordos semânticos” encontramos em algumas searas de aplicação da responsabilidade objetiva, conforme cuidadoso estudo de Gramstrup (2006).

Essa tendência negativa em relação ao *wrongful conception* somente foi invertida em 1967, dez anos após o caso Shaheen, pela Corte de Apelação da Califórnia, no caso Custodio v. Bauer. O tribunal californiano decidiu que a falha do médico em esterilizar o autor da demanda era suficiente para gerar o dever de indenizar todos os danos em relação de causalidade com essa falha. O suporte dos magistrados da Califórnia para sobrepujar os dois claros precedentes encontrava-se em um julgado da Suprema Corte dos Estados Unidos: Griswold v. Connecticut, de 1965. (HENSEL, 2005, p. 151)

O caso Griswold explicitamente consagrou o direito da mulher a usar contraceptivos e a efetuar um consciente planejamento familiar, contrariando os argumentos encontrados no caso Shaheen de que a procriação é o grande objetivo do casamento (MURTAUGH, 2007, p. 254). Posteriormente, em 1973, a mesma Suprema Corte julgou o paradigmático caso Roe v. Wade, asseverando a constitucionalidade do aborto e reafirmando a autodeterminação feminina em relação à constituição de descendência. (SETH, 2006, p. 649)

O caso Roe serve como pedra de toque de toda a sustentação constitucional das espécies de reparação de dano *citadas* neste artigo, mas, especificamente para o estudo do *wrongful conception*, sua importância destacada está no fato de ter explicitamente negado o argumento de que o nascimento de uma criança é, em qualquer circunstância, um “evento abençoado”. Destarte, as razões da decisão possuem argumentos que ressaltam que a maternidade ou a prole adicional podem impor uma vida estressante para a mãe, sendo que a criação de uma criança pode ser causa de verdadeiro perigo para a sua saúde física e mental¹⁰. (MURTAUGH, 2007, p. 254)

As premissas estabelecidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos vêm iluminando a jurisprudência americana, mas sem jogar pá de cal sobre o assunto. Nove Estados americanos promulgaram leis proibindo a reparação por *wrongful conception* ou restringindo a reparação de algum aspecto dos danos normalmente reparados nessa espécie de responsabilidade civil.

¹⁰Nesse sentido as palavras do magistrado da Suprema Corte, “Maternity, or additional offspring, may force upon the woman a distressful life and future. Psychological harm may be imminent. Mental and physical health may be taxed by child care. There is also the distress, for all concerned, associated with the unwanted child, and there is the problem of bringing a child into a family already unable, psychologically and otherwise, to care for it”

Bastante ilustrativa é a legislação promulgada em 1988 pelo Estado da Pennsylvania, que proíbe qualquer ação movida com base no argumento de que uma pessoa não deveria ter nascido. Como a lei trata apenas dos danos advindos do nascimento da criança, alguns tribunais conseguem tangenciar a lei, concedendo reparação pelos custos com despesas médicas e pelos desconfortos da gravidez¹¹. (Idem, p. 275)

Em *Kingsbury v. Smith* e em *Wilbur v. Kerr*, a Suprema Corte de New Hampshire e a Suprema Corte do Arkansas, respectivamente, julgaram, em 1982, casos de *wrongful conception* devido a problemas com métodos contraceptivos. Em *Kingsbury* -- que analisou o caso de uma mãe de três filhos que se submeteu a uma laqueadura tubária, mas acabou engravidando do quarto filho 18 meses após o procedimento -- os magistrados limitaram a indenização, entendendo que os danos que apresentavam uma conexão direta e imediata com a conduta do agente eram, além do dano moral, os custos médicos com a laqueadura tubária e a perda de rendimentos advinda com a gravidez, mas não concederam indenização pelos custos de criação da criança indesejada.

A mesma solução foi encontrada pelos magistrados de *Wilbur v. Kerr*, quando afirmaram que a concessão de indenização pelos custos de criação permitiria o aparecimento de um “bastardo emocional”, pois a criança, ao amadurecer, acabaria por descobrir que seus custos pessoais são pagos por terceira pessoa, tomando conhecimento que seus pais não o desejavam¹². (Idem, p. 264-283) O argumento do “evento abençoado” representa ponto de apoio importante, pois essa corrente defende que seria uma injustiça o médico arcar com todos os custos de criação e não ter nenhum dos benefícios intangíveis que a criação de uma criança proporciona. (Idem, p. 285)

Representando outro entendimento, *Ochs v. Borrelli*, julgado pela Suprema Corte de Connecticut, no mesmo ano de 1982, lembrou o direito de privacidade e autodeterminação indubitavelmente concedido às mulheres desde os casos *Griswold* e *Roe*, concluindo que todos os

¹¹ A legislação do Estado da Pennsylvania assim prescreve “There shall be no cause of action or award of damages on behalf of any person based on a claim that, but for an act or omission of the defendant, a person once conceived would not or should not have been born”

¹² A Suprema Corte de Indiana recentemente sufragou este entendimento, julgando, em 2003, o caso *Chaffee v. Seslar*.

danos causados pelos médicos que desrespeitam esses direitos devem ser reparados, incluindo os custos de criação de filhos saudáveis, mas indesejados. Entretanto, a linha argumentativa encontrada no caso Ochs não negligenciou por completo o argumento do “evento abençoado” e determinou que ele deve ser levado em conta no momento da quantificação dos danos. Deste modo, os magistrados sugerem um inusitado modo de “compensação parcial” do prejuízo patrimonial sofrido pelos pais no custeio do filho indesejado com o regozijo típico que existe na criação de uma criança. É interessante que o caso Ochs não fixa os parâmetros para que essa compensação ocorra, deixando para o júri, no sistema processual norte-americano, essa delicada missão.

Atualmente, dos trinta e dois estados americanos que admitem a reparação pelo *wrongful conception*, apenas cinco admitem a segunda corrente aqui apresentada, ficando a imensa maioria restrita à indenização do dano moral adicionado ao dano patrimonial pelos custos dos métodos contraceptivos (cirurgia de vasectomia ou laqueadura tubária), demais custos médicos e pela eventual perda de proventos durante a gravidez (Idem, p. 278), nos moldes estabelecidos pelo caso *Kingsbury v. Smith*.¹³ Vale lembrar que a pensão integral capaz de cobrir todos os custos da criança somente é concedida nos casos de *wrongful birth*, ou seja, em casos de nascimento de crianças deficientes.

A situação encontrada no Direito Francês é bastante distinta. Com efeito, em 25 de junho de 1991, a Corte de Cassação francesa, seguindo a mesma linha de uma decisão do Conselho de Estado francês de 1982, julgou caso em que a imperícia médica possibilitou o nascimento de uma criança indesejada, solidificando o entendimento predominante no ordenamento francês. A Corte de Cassação manteve a decisão da Corte de Apelação de Riom, não concedendo qualquer reparação para uma jovem desempregada de 22 anos que se submeteu legalmente a um aborto, mas acabou dando à luz uma criança devido à falha cirúrgica do médico responsável, que não tomou o cuidado de verificar se o embrião havia realmente sido retirado do corpo da gestante. (PETEFFI DA SILVA, 2008, p. 186)¹⁴

¹³ Hensel (2005, p. 151) confirma que a tendência majoritária está alinhada com o caso *Kingsbury v. Smith*

¹⁴ A referência citada trabalha o direito francês de maneira exclusiva e mais aprofundada.

O resultado chocou as associações de proteção aos direitos e à dignidade da mulher, comprovando, como aconteceria mais tarde com o caso Perruche, a grande repercussão social da matéria.¹⁵

A reparação patrimonial não foi concedida sob o fundamento de que a criança poderia ter sido dada para adoção, não sendo a mãe obrigada a manter o filho e arcar com suas despesas. Tampouco reparação por dano moral foi observada, sendo estatuído como princípio que “*o nascimento de uma criança sempre é um acontecimento feliz*”. Para aquela Corte Superior, somente um dano particular, que fosse além dos ônus normais da maternidade, poderia ser digno de reparação (JOURDAIN, 1991). Alguns autores chegaram a afirmar que esse tipo de reparação não deveria ser concedido, pois seria aconselhável evitar o constrangimento de, futuramente, a criança ter a consciência de que seu nascimento foi considerado um “dano indenizável”. (PETEFFI DA SILVA, 2008, p. 187)

Interessante notar que a Corte de Cassação, em 1991, utilizou exatamente o argumento base do caso Shaheen, de 1956, em que o nascimento da criança foi considerado, sob qualquer circunstância, um “evento abençoado”¹⁶. Ressalte-se que assim como o direito norte-americano possuía, de forma mais destacada, o caso Roe v. Wade (1973) para fundamentar o direito da mulher ao aborto e a métodos contraceptivos, fazendo com que a gestação não fosse considerada um evento inexoravelmente positivo, também o ordenamento francês conta com a lei, desde 1975, que torna a possibilidade de abortamento um direito subjetivo da gestante. Deste modo, a doutrina francesa é praticamente unânime em criticar a conduta da Corte de Cassação, tendo em vista que a lesão a um direito subjetivo reconhecido pela legislação francesa não pode deixar de ser reparado.¹⁷

3- O ordenamento jurídico brasileiro e as possibilidades indenizatórias relacionadas ao nascimento de filhos indesejados.

¹⁵ Nesse sentido Barbiéri (1992): “La réponse à la délicate question de savoir si une réparation est due par le médecin défendeur suppose que l’on évince d’abord l’argumentation périphérique, assez souvent *circumjuridique*, afin de s’em tenir, autant qu’il est possible, au droit pur de la responsabilité civile”

¹⁶ Tradução livre para “blessed event”

¹⁷ Nesse sentido Barbiéri (1991); Jourdain (1991, p. 974) e Fabre-Magnan (2001, p. 289 e p. 305-306). Concordando com a posição tomada pela Corte de Cassação temos Le Torneau (1991, p. 567)

Em trabalho anterior chegamos a analisar os pontos de contato entre a jurisprudência francesa sobre a matéria e o direito brasileiro. Como os casos franceses, em sua imensa maioria, tratavam de hipóteses envolvendo abortos voluntários, as conexões com o ordenamento pátrio pareciam pouco promissoras (KFOURI NETO, 2007, p. 34-35). Entretanto, as novas normas técnicas do Ministério da Saúde sobre o aborto, possibilitando que o procedimento fosse efetuado sem a apresentação do boletim de ocorrência comprobatório do estupro, aumentariam, em muito, segundo a opinião de alguns autores, o número de abortos no Brasil. (PETEFFI DA SILVA, 2008, p. 205)

Com o estudo da jurisprudência norte-americana, notou-se que as espécies de responsabilidade civil estudadas poderiam ter causa em procedimentos contraceptivos permitidos e muito usados no Brasil, como a laqueadura tubária (comumente conhecida como ligadura de trompas) e a vasectomia. Mesmo sob essa nova perspectiva, ainda observa-se que as hipóteses clássicas de *wrongful birth*, por estarem vinculadas a gestações planejadas (que acabaram frustrando a “estratégia procriativa” dos pais), ainda mantém uma dependência muito grande do direito ao abortamento voluntário encontrado em outros países.

Já no caso de gravidez indesejada (*wrongful conception*) -- em que o grande objetivo dos autores da demanda, frustrado pelo erro médico, era ter evitado a gravidez -- nota-se uma ligação evidente com os métodos contraceptivos considerados lícitos pelo ordenamento pátrio. Assim, empreender-se-á a análise dos principais exemplos jurisprudências do direito nacional, estudando de modo muito particular quais os prejuízos indenizados pelos tribunais brasileiros, bem como a sua metodologia de quantificação.

A primeira observação que se faz, ao analisar os julgados brasileiros, é que o estudioso tem ao seu dispor um número de casos bastante considerável para ser trabalhado, suficiente para que se tracem algumas nítidas tendências jurisprudenciais. Com efeito, nos sete primeiros meses de 2012, somente o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) julgou mais de quarenta casos envolvendo o nascimento de crianças indesejadas. Apesar da inegável multiplicidade de motivos para o surgimento da gravidez indesejada, abarcando até mesmo o rompimento de preservativos,

não há dúvidas que as causas da grande maioria das demandas apreciadas judicialmente são i. falhas cometidas em procedimentos de laqueadura tubária (incluindo a falha no dever de informar) ii. falhas cometidas em procedimentos de vasectomia (incluindo a falha no dever de informar) e iii. uso de medicamentos contraceptivos sem eficácia, com destaque para o conhecido caso das “pílulas de farinha”, do medicamento Microvlar.

Assim, parece-nos que o argumento seguidamente lembrado pelos norte-americanos e franceses, de que a ação de indenização poderia gerar um “bastardo emocional”, pois os pais teriam de afirmar explicitamente que não desejavam o filho concebido, não constitui barreira moral para grande parte das vítimas brasileiras.

Os casos de vasectomia e laqueadura tubária não encontram na dificuldade de enquadramento dos casos de nascimento indesejado dentro da moldura de dano indenizável brasileira o seu maior empecilho para conceder indenização para as vítimas. Destarte, como esses procedimentos não são absolutamente seguros, pois apresentam uma probabilidade razoável de reversão, não se pode relacionar com absoluta certeza o nascimento da criança com uma eventual falha cirúrgica por parte do profissional de saúde¹⁸. Portanto, apenas uma pequena parte desses casos leva à procedência da ação de reparação, normalmente fundamentada na falha do dever de

¹⁸ Os tribunais gaúcho e catarinense têm assim se manifestado, respectivamente:

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRGS). EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CIRURGIA DE VASECTOMIA. GRAVIDEZ POSTERIOR NÃO PLANEJADA. IMPERÍCIA MÉDICA NÃO COMPROVADA. Não estando comprovada nos autos a imperícia do réu quando da realização da cirurgia de vasectomia do autor, inviável a sua responsabilização pela não planejada gravidez da esposa do recorrente, mormente por que a falha no resultado de tal procedimento é uma possibilidade admitida pela doutrina...Apelação Cível n.70018629428. Recorrente: João Carlos Picolo. Recorrido: Lenio Carlos Dagnoluzzo Tragnago. Relator: Des.Paulo Roberto Lessa Franz.Porto Alegre, 18 de dezembro de 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC). EMENTA: DANOS MATERIAIS E MORAIS – INTERVENÇÃO CIRÚRGICA – VASECTOMIA – OCORRÊNCIA DE GRAVIDEZ DA ESPOSA A POSTERIORI – CARACTERIZAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE MEIO – CULPA NÃO DEMONSTRADA – AUSÊNCIA DE RESPONSABILIZAÇÃO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO – 1. Ressalvadas algumas exceções (anestesiologista e cirurgião plástico estético), tem o médico obrigação de meio, devendo, portanto, agir sempre em conformidade com os meios que dispõe, na tentativa de alcançar a cura, que eventualmente pode não ser atingida. Somente a inobservância dos cuidados adequados da conduta médica (culpa em uma de suas modalidades: imperícia, imprudência ou negligência) é que pode ensejar a responsabilidade subjetiva do profissional, sendo imprescindível à sua caracterização a comprovação do ato, dano e o nexo de causalidade entre ambos. 2. ‘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.’ (Des. Wilson Augusto do Nascimento). Apelação Cível n. 02.022712-4. Recorrente:Jair Machado Trajano. Recorrido: Antonino Pandolfi e Serplan-Serviço de Orientação e Planejamento Familiar. Relator: Des. Dionízio Jenczak. Florianópolis, 30 de agosto de 2004.

informar do médico ou da clínica médica, os quais não informam corretamente sobre a possibilidade do procedimento cirúrgico não resultar em infertilidade absoluta.¹⁹

Dentre as hipóteses de procedência da demanda, a jurisprudência brasileira mostra-se bastante sistemática nas modalidades de prejuízos que podem ser vinculadas ao nascimento de um filho saudável, mas indesejado. De início observa-se que -- quando há a possibilidade de qualificar a conduta do réu como imputável -- a jurisprudência brasileira não se furta a conceder reparação para as vítimas, afastando-se indubitavelmente da orientação seguida pela Corte de Cassação francesa, cuja identificação com a teoria do “evento abençoado” é absoluta.

Porém, alguns julgados brasileiros também usam, entre outros, o argumento do “evento abençoado”, algumas vezes para negar a existência do dano moral, outras vezes para negar a existência de dano patrimonial.

3.1- Dano patrimonial

No TJRGS, em julgamento proferido em dezembro de 2005, o relator assim se manifestou:

No que pertine ao pensionamento, entretanto, não merece vingar o pedido. O nascimento de um filho, abstraídas as circunstâncias do caso em comento, seguramente sempre causa enorme satisfação aos pais e a ordem natural da existência é a de que essa criança, com atuais três anos e meio, esteja enriquecendo a unidade familiar, além de se constituir, em tese, como provedor dos pais, na velhice destes. O casal de agricultores, ainda que com eventuais dificuldades, vivendo em pequena comunidade do Interior do Estado, onde os parâmetros e as exigências são diferentes e menores do que na chamada "urbe", por certo estará tendo condições de bem prover o sustento da criança. Em sentido contrário não há prova nos autos. Ademais, não se pode admitir, em caso

¹⁹ BRASIL.TJRGS. EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. INEXITOSO RESULTADO DE VASECTOMIA. CDC. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DEFEITUOSA. DANOS MORAIS. no que diz com a responsabilidade do médico, conforme o § 4º, do art. 14, do código de defesa do consumidor, é de ordem subjetiva, necessitando, portanto, além da prova do dano e do nexo de causalidade, a demonstração de que o serviço foi culposamente mal prestado. *in casu* pelo que se infere do processado, o cirurgião não se houve com as cautelas necessárias, mormente quando evidenciado que deixou de informar corretamente o casal autor, além de não encaminhar o varão à conveniente nova cirurgia. majoração da reparação pelo dano moral, negado o pensionamento. Apelação Cível n. 70012464111. Recorrente/Recorrido: Moises Rui, Ivete Maria Rui e Ernidio Luiz Bassani. Relator: Luiz Ary Vessini de Lima. Porto Alegre, 15 de dezembro de 2005.

como o dos autos, que venha a se impor ao médico que obrou com culpa, mas sem dolo, o dever de pensionar os pais e/ou uma criança saudável.²⁰

O acórdão transcrito faz algumas ilações que nos parecem muito questionáveis. Em primeiro lugar, estabelece uma inadequada relação de necessidade entre a falta de dolo do médico e a concessão de pensionamento para os autores da demanda, visto que, mesmo na seara da responsabilidade subjetiva, a prova da culpa é o que basta para o deferimento da reparação integral do prejuízo sofrido pela vítima.

O segundo argumento que nos desperta certa perplexidade diz respeito à necessidade dos autores demonstrarem a impossibilidade de prover materialmente as necessidades do filho para que a indenização do dano patrimonial, consubstanciada no pensionamento até certa idade, seja deferida. Não podemos confundir o pensionamento advindo da concessão de alimentos, em que a necessidade do alimentando deve balizar o deferimento do pedido, com a indenização do dano patrimonial sofrido pelos genitores, que terão que despender importantes quantias para assegurar a criação digna da criança cujo nascimento se tentou evitar. Nas hipóteses indenizatórias, a possibilidade da vítima fazer jus às suas obrigações materiais mesmo depois do dano não impede a indenização. Se esse pensamento fosse respaldado pelo nosso sistema de responsabilidade civil, somente se deferiria, *verbi gratia*, indenização ao motorista inocente envolvido em abalroamento de automóveis se este comprovasse que não tem condições de efetuar o pagamento do conserto de seu veículo.

Contudo, esse último argumento criticado continua a influenciar os julgamentos do TJRS. Em recente decisão, proferida em 2011, a diferenciação entre verba alimentar e indenizatória não foi observada, impedindo o deferimento do pensionamento requerido²¹, seguindo semelhante julgamento ocorrido em 2008, cujo fragmento de voto do Desembargador relator está assim redigido:

²⁰ BRASIL. TJRS - Nº 70012464111, com ementa citada na nota anterior. Também não conferiu a reparação por dano patrimonial o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), em BRASIL. TJRJ. Apelação Cível nº 2007.001.60917. Recorrente: Fundação Municipal de Saúde de Petrópolis e Marli da Silva Oliveira. Recorridos: Fundação Municipal de Saúde de Petrópolis, Marli da Silva Oliveira e Francisco José Baffi Ferreira. Relator: Des. Gabriel de Oliveira Zéfiro. Rio de Janeiro, 18 de maio de 2008.

²¹ BRASIL. TJRS. Apelação Cível n. 70041661133 Relator: Isabel Dias Almeida. Julgado em 24 de abril de 2011.

De outra banda, no que toca ao pensionamento postulado, embora entenda possível o seu deferimento, baseado no princípio do *restitutio in integrum* - já que inexistente previsão específica na legislação acerca do pagamento de pensão para o caso presente, mas tão-somente para as hipóteses de homicídio e diminuição da capacidade laborativa, nos termos dos artigos 948, inciso I, e 950, do Código Civil-, tal pretensão não merece acolhimento *in casu*. Em primeiro lugar, impende gizar que o sustento dos filhos é dever inerente aos pais, como se deduz do artigo 22, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

Mas, provando a autora que, apesar dessa obrigação, seu cumprimento não poderia ser levado a efeito por dificuldades econômicas de sua parte, sem dúvida deveria a ré indenizá-la, pois a ela deu causa.

Ocorre que, no caso dos autos, não provou a demandante a inexistência de condições financeiras para o sustento do filho resultante da gestação provocada pela ineficácia do fármaco fabricado pela ré. A única prova nesse sentido é a referência feita pela facultativa da demandante, a qual afirmou que a "*autora queixava-se das dificuldades financeiras decorrentes da segunda gravidez*" (fl. 217), acreditando que "*a mãe da autora ajudava financeiramente a demandante*". Tal prova, contudo, não demonstra de forma clara e efetiva a impossibilidade financeira da autora para arcar com o sustento de seu filho, porquanto se trata de uma mera impressão colhida pela testemunha diretamente da própria autora.

Ora, poderia a demandante, durante a instrução processual, *verbi gratia*, trazer aos autos os comprovantes das despesas realizadas com o rebento (a exemplo dos documentos das fls. 53-57), além de sua declaração do imposto de renda, para que se aquilatar, com base em tais documentos, a verdadeira extensão financeira dos gastos com o sustento de seu filho frente seu patrimônio. Se não o fez, deve arcar com os ônus dessa omissão, nos termos do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil.²²

Mais uma vez nota-se a o equivocado tratamento da matéria: o dever dos pais de sustentar os filhos, indesejados ou não, sempre será mantido, mesmo que os pais lutem contra sérias dificuldades financeiras. Entretanto, é evidente que as despesas que os pais são obrigados a suportar somente existem por efeito do nascimento do filho indesejado, fato que tem no ato ilícito do réu um de suas condições necessárias, gerando, portanto, o dever de indenização.

Destarte, parece ser esse o entendimento mais difundido em outros sodalícios brasileiros, como o TJRJ e o TJSP. O primeiro, admitindo algumas variações em relação ao termo final, costuma admitir o pensionamento, normalmente quantificado em um salário-mínimo por mês, cumulado com a indenização do dano moral, que será tratado adiante. Foi o que ocorreu no julgamento de 03 de abril de 2012, em ação movida contra a empresa responsável pela chamada

²² BRASIL.TJRGS. Apelação Cível n. 70021020664. RELATOR: Paulo Roberto Lessa Franz. Julgado em 06 de março de 2008.

“pílula de farinha”, em que foi observada a gravidez indesejada da vítima da demanda indenizatória, impondo o pensionamento de um salário-mínimo por mês até a criança atingir a maioridade.²³ Em sentido semelhante posicionou-se o mesmo sodalício em 1 de março de 2011, quando reformou a sentença para majorar a verba do pensionamento para um salário-mínimo mensal, destacando que não se tratava de alimentos, mas de verba indenizatória, como já explicitamos anteriormente. Ademais, o TJRJ ainda concedeu verba indenizatória suplementar, possibilitando a indenização de outras despesas inerentes aos cuidados básicos com um recém-nascido, que seriam determinadas em liquidação de sentença.²⁴

A corte paulista mostra-se alinhada com esse entendimento, com inúmeras decisões concedendo o pensionamento às vítimas da gravidez indesejada, cumulado com a indenização do dano moral. Em 22 de maio de 2012, os magistrados julgaram uma ação de reparação contra laboratório produtor de anticoncepcionais ineficazes, concedendo, além do pagamento de plano de saúde, o pensionamento de um salário-mínimo mensal até o filho completar 18 anos, admitindo a prorrogação do pensionamento, adicionado de valor suplementar, se ele comprovar que iniciou curso de superior.²⁵

Na continuidade da seção de julgamento, em processo contra o mesmo réu, a câmara julgadora concedeu pensionamento idêntico, mas ainda admitiu uma verba indenizatória adicional, no valor de R\$ 6.000,00, para indenizar despesas com parto, pré-natal e enxoval do bebê.²⁶ Em algumas hipóteses, até mesmo um pensionamento mais generoso pode ser encontrado, como no julgamento de 17 de abril de 2012, em que distinta câmara julgadora quantificou a prestação mensal em 5 salários-mínimos, devidos até a maioridade civil da criança, com a possibilidade de se estender o termo final até os 24 anos, em caso de comprovação de matrícula em curso superior.²⁷

3.2- Dano Moral

²³ BRASIL.TJRJ. Apelação Cível n. 0207053-17.1998.8.19.0001 Relator: Antonio Saldanha Palheiro. Julgado em 03 de abril de 2012.

²⁴ BRASIL.TJRJ. Apelação Cível n. 0000096-72.2008.8.19.0020 Relator: Marcos Alcino Torres. Julgado em 01 de março de 2011.

²⁵ BRASIL.TJSP. Apelação Cível n. 9191833-13.2007.8.26.0000. Relator: Antonio Vilenilson. 22 de maio de 2012

²⁶ BRASIL.TJSP. Apelação Cível n. 9069603-66.2007.8.26.0000. Relator: Antonio Vilenilson. 22 de maio de 2012

²⁷ BRASIL.TJSP. Apelação Cível n. 9065758-55.2009.8.26.0000. Relator: Álvaro Passos. 17 de abril de 2012

Para iniciar o estudo da concessão de dano moral relacionado ao nascimento de filhos indesejados, importante notar que, em casos envolvendo o procedimento de vasectomia, a análise pode ser prejudicada, pois nessas hipóteses os julgadores, com muita frequência, identificam outro fator importante para a concessão de prejuízo extrapatrimonial: o considerável abalo no relacionamento dos pais, gerado pelas fortes suspeitas a respeito de uma possível conduta adúltera da gestante que engravida de marido vasectomizado.²⁸

As hipóteses de laqueadura tubária são mais apropriadas para a verificação da existência de dano moral pelo nascimento de um filho indesejado, o mesmo acontecendo com uma hipótese imensamente rica que assolou o Poder Judiciário brasileiro nos últimos anos: os casos de “pílulas de farinha” do muito popular anticoncepcional Microvlar.

Em decisão proferida em 2008, o TJSP concedeu plena reparação patrimonial para os autores de uma ação de indenização pelo nascimento de um filho indesejado de uma cliente do anticoncepcional Microvlar, albergando inclusive amplo pensionamento. Entretanto, contrariando o voto do desembargador relator, o desembargador revisor proferiu voto vencedor em que a teoria do “evento abençoado” foi utilizada para justificar a não concessão de dano moral. Nesse sentido o ilustrativo fragmento do voto citado:

Não se duvida que, no caso dos autos, a gravidez não era esperada, mas pelo contrário, evitada pela autora, tanto que usava método contraceptivo. Princípio constitucional previsto no art. 226 § 7º o consagra diretriz pela qual "*o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas*" (Alexandre de Moraes, Direito Constitucional, ed. Atlas, São Paulo, 2002, p. 683). [...]Tudo mostra que houve concepção indesejada imposta por culpa da requerida. E não se pode duvidar de inicial aflição da autora, quando da notícia de gravidez. Mas se tudo isso é verdade, não se pode falar em dano moral dessa situação decorrente. A dor, a aflição, a tristeza experimentada não pode ser

²⁸ Paradigmática é a Apelação Cível BRASIL. TJRS. Apelação Cível n. 70009780065, Recorrente: NETLAB Recorrido: Paulo Gilberto Alves dos Santos. Relator : Des. Cacildo de Andrade Xavier, de 18 de maio de 2005, cujo voto do Relator traz a seguinte passagem, “*Não se tem como negar a ocorrência do dano no presente caso. Com efeito, partindo da premissa que a possibilidade de o casal ter outro filho era algo remotíssimo, outra não poderia ser a reação do autor em desconfiar da fidelidade de sua esposa quando esta lhe comunicou estar grávida.*”.

superior à alegria, à felicidade do nascimento de um filho. Se assim não se entender não se pode reconhecer qualidade de pai ao ascendente biológico. Mais que isso, reconhecer tristeza dos pais na vinda do filho é garantir a este dano moral contra aqueles por desrespeito ao dever de assistência que os primeiros devem ao segundo. Nem toda dor é danosa, justificadora de reparação. A dor que sofre um pai com a criação do filho é antes regozijo. Já se disse que *ser mãe é andar chorando num sorriso/ ser mãe é ter um mundo e não ter nada/ ser mãe é padecer num paraíso* (Henrique Maximiliano Coelho Neto). Não se duvida da dor de ser mãe. Mas ela é compensada, e com sobras, pela vinda do filho que, por isso, não pode ser motivo para justificar dor moral. O sofrimento do torcedor durante o jogo de seu clube é compensado quando da vitória. A dor de curta duração, especialmente quando antecedente de alegria que a suplanta em intensidade, não tem preço. Por isso a necessidade, para efeitos indenizatórios, do efeito lesivo durável. Não se há de restituir a alegria pela dor sofrida pela autora se esta já se faz presente, ou ao menos é natural que isso tenha ocorrido. Com todo respeito ao posicionamento do voto vencedor, não se pode concordar com a comparação que se faz em relação ao estupro. O que choca, no caso do estupro é a violência sofrida pela mulher. E tanto essa violência é reconhecida que se permite, inclusive, o aborto. Não é o mesmo tratamento que a lei dá à gravidez involuntária decorrente da falha no método contraceptivo utilizado, tanto que não dá, nesse caso, *bill* de indenidade ao aborto. Aqui não é a violência que marca a mulher, mas a quebra de promessa de quem forneceu produto que deveria ser eficaz e não foi. Por isso que, menos gravoso, se entende aplacado pela felicidade superveniente.²⁹

Em escritos anteriores nos manifestamos contra esse posicionamento, que felizmente foi modificado pelo sodalício, inclusive pela mesma câmara julgadora que havia proferido o julgamento transcrito.³⁰ Nas citadas demandas julgadas em 22 de maio de 2012, pelo tribunal paulista, temos exatamente os mesmos desembargadores votando para admitir a indenização do dano moral, demonstrando a significativa mudança de pensamento da câmara julgadora, que, por

²⁹ BRASIL.TJSP. Ementa: Responsabilidade Civil – Pílula Anticoncepcional ineficaz (placebo). Aplicação da Legislação Protetora do Consumidor. Ressarcimnto, pela Shering, dos prejuízos materiais. Apelação Cível n. 2097364700. Recorrente: Shering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda. Recorrido: Edilaine Procópio dos Santos. Relator: Antonio Vilenilson. 03 de junho de 2008. Importante lembrar o posicionamento de alguns magistrados que continuam defendendo a impossibilidade da indenização de danos morais. Como a argumentação baseada na prevalência dos interesses do menor, que poderia ter um dia o conhecimento de ser considerado um “dano indenizável”, ver BRASIL.TJRJ. Apelação Cível n. 0388082-48.2008.8.19.0001, Relator: Fernando Fernandy Fernandes. Julgado em 16 de novembro de 2009 e BRASIL.TJRJ. Apelação Cível n. 0000260-62.2006.8.19.0002, Relator: Fernando Fernandy Fernandes. Julgado em 25 de maio de 2009.

³⁰Em praticamente qualquer caso de aborto ou de utilização de método contraceptivo frustrado (como a vasectomia, por exemplo) podemos admitir, sem necessidade de imaginação fértil, que a gestante sofrerá alta dose de angústia até o nascimento da criança não planejada (indesejada), visto que a futura mãe, sopesando todas as peculiaridades de sua condição social, econômica e afetiva, efetivamente optou por não ter filhos ou por não ter mais filhos. Portanto, no particular julgamento realizado pela gestante, a utilização de métodos contraceptivos -- direito garantido pelo ordenamento jurídico brasileiro -- era a *sua* melhor opção, para si e para a criança indesejada que poderia trazer ao mundo. Desse modo, a negativa ilegal de implementar a legítima opção feita pela mulher representaria, sem sombra de dúvidas, angústia e abalo psíquico em intensidade para caracterizar o que nossa doutrina e jurisprudência têm considerado como suficiente para configurar o prejuízo extrapatrimonial. (PETEFFI DA SILVA, 2010, p. 334)

unanimidade, abandonou o argumento do “evento abençoado” para verificar a existência de um prejuízo extrapatrimonial indenizável.³¹

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) contribuiu decisivamente para formar o relativo consenso que existe hoje sobre a matéria. Julgando hipótese com objeto semelhante, isto é, ação civil pública movida pela Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor contra a empresa produtora do contraceptivo Microvlar, o Superior Tribunal de Justiça confirmou o entendimento dos tribunais inferiores de procedência do pedido de *condenação genérica* da requerida ao pagamento de danos morais, incluindo-se no objeto da lide os direitos individuais homogêneos dos consumidores efetivamente lesados, de forma a permitir, por estes, futura execução individual da sentença. A fundamentação da condenação em danos morais, pela Ministra Relatora, Nancy Andrichi, segue abaixo explicitada:

De forma muito breve, deve-se anotar, apenas a bem da verdade, que o produto por ela fabricado é um anticoncepcional, cuja única utilidade é a de evitar uma gravidez; portanto, a mulher que toma tal medicamento tem a intenção de utilizá-lo como meio a possibilitar sua escolha quanto ao momento de ter filhos. Nesse contexto, a falha do remédio frustra a opção da mulher, e nisso reside a necessidade de compensação pelos danos morais. O argumento da Schering, da forma irrestrita como está exposto, leva ao paradoxo de se ter uma empresa produtora de anticoncepcionais defendendo que seu produto não deveria ser consumido, pois a maternidade, ainda que indesejada, é associada à idéia de felicidade feminina.³²

Como o arbitramento do dano moral obedece a uma multiplicidade de fatores, tais como a gravidade e extensão do dano, a condição econômica da vítima e a condição econômica do agente, entre outros, é absolutamente compreensível a existência de variações em relação à

³¹ BRASIL.TJSP. Apelação Cível n. 9191833-13.2007.8.26.0000. Relator: Antonio Vilenilson. 22 de maio de 2012. Nesse sentido o voto do desembargador relator: Sem desprimor para as teses sustentadas pela ré, palpável é o dano moral. Uma gravidez que se quis evitar, que se julgou evitar e que ainda assim veio provoca sofrimento, causa angústia, gera insegurança e faz brotarem alterações físicas na mulher. Claro que o nascimento de um filho é uma alegria imensa. Não se discute o encanto da vida e do nascimento. Nem se duvida que entre pais e filhos surgirá afeto, como é certo que hoje existe amor entre a autora e a filha. O final feliz não enlanguesce, todavia, antes o realça, o drama da decepção e da frustração no planejamento e na constituição da família, não elimina o susto e aflição causados pela gravidez que a mulher queria evitar (e até pagava para isso), não faz esquecer a angústia pela insegurança sobre o futuro, pela impossibilidade de sustentar com dignidade uma criança, cujo nascimento estava fora dos planos.

³² BRASIL. STJ. Recurso Especial n. 866.636/SP. Recorrente: Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda. Recorrido: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor. Relator: Des. Nancy Andrichi. Brasília, 29 de novembro de 2007.

indenização concedida para compensar exatamente o mesmo dano: o abalo emocional e as forçadas mudanças no planejamento familiar advindos de uma gravidez indesejada.

Entretanto, em alguns casos, a variação encontrada mesmo entre os julgados mais recentes é impressionante. Enquanto o tribunal gaúcho, em decisões atuais, acabou por deferir R\$ 15.000,00³³ e R\$ 13.525,00³⁴ para compensar o dano moral, o Tribunal de Justiça de São Paulo, nas citadas decisões do dia 22 de maio de 2002, deferiu 100³⁵ e 200³⁶ salários-mínimos para compensar o mesmo prejuízo. A mesma câmara julgadora da corte paulista, entretanto, em 16 de maio de 2012, conferiu apenas R\$ 20.000,00³⁷ para compensar o dano moral sofrido pela vítima de uma gravidez originada após a realização de uma laqueadura tubária, sendo que o dano patrimonial foi deferido em todos os casos.

O TJRJ concedeu reparações, sempre cumuladas com pensionamento, de R\$ 25.000³⁸, R\$40.000³⁹ e reformou a sentença de primeiro grau para majorar o dano moral de R\$ 5.000,00 para R\$ 15.000,00.⁴⁰

Após termos verificado as variações jurisprudenciais existentes entre os vários tribunais em relação à concessão de indenização por dano patrimonial e por dano moral, pode-se dizer que, quando existe a configuração de um ato imputável ao réu que guarda relação de causalidade com o dano sofrido pela vítima, a cumulação de danos patrimoniais e morais é majoritariamente acatada pelas cortes brasileiras.

³³ BRASIL.TJRGS. Apelação Cível n. 70037312790, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 15 de dezembro de 2010

³⁴ BRASIL.TJRGS. Apelação Cível n. 70041661133, Relator: Isabel Dias Almeida. Julgado em 24 de abril de 2011. Uma indenização mais substancial, de R\$ 60.000,00 foi deferida no seguinte caso: BRASIL.TJRGS. Apelação Cível n. 70021020664. RELATOR: Paulo Roberto Lessa Franz. 06 DE MARÇO DE 2008.

³⁵ BRASIL.TJSP. Apelação Cível n. 9069603-66.2007.8.26.0000. Relator: Antonio Vilenilson. 22 de maio de 2012

³⁶ BRASIL.TJSP. Apelação Cível n. 9191833-13.2007.8.26.0000. Relator: Antonio Vilenilson. 22 de maio de 2012.

³⁷ BRASIL.TJSP. Apelação Cível n. 0121557-13.2007.8.26.0000. Relator: Antonio Vilenilson. 16 de maio de 2012.

³⁸ BRASIL.TJRJ. Apelação Cível n. 0207053-17.1998.8.19.0001. Relator: Antonio Saldanha Palheiro. Julgado em 03 de abril de 2012.

³⁹ BRASIL.TJRJ. Apelação Cível n. 0018503-24.1998.19.0038. Relator: Luiz Fernando de Carvalho. Julgado em 08 de junho de 2010.

⁴⁰ BRASIL.TJRJ. Apelação Cível n. 0000096-72.2008.8.19.0020. Relator: Marcos Alcino Torres. Julgado em 01 de março de 2011.

Encontramos esses casos tanto nas hipóteses de métodos contraceptivos de viés cirúrgico, como a vasectomia e a laqueadura tubária, como nos casos das ineficazes pílulas anticoncepcionais.⁴¹ Ilustrando essa última espécie, paradigmática é a decisão do STJ, mantendo a decisão do TJSP, que já havia concedido reparação integral, ou seja, pelos prejuízos patrimoniais, na forma de pensão mensal até a criança completar 21 anos de idade, e extrapatrimoniais (setenta mil reais) sofridos pela vítima. Vale ressaltar que o dano patrimonial não foi objeto do Recurso Especial, por não ter havido irresignação específica quanto ao pensionamento.⁴²

Em decisão posterior, o STJ, em outro julgamento relatado pela Ministra Nancy Andrighi, apreciou ação indenizatória anteriormente julgada pelo TJSC, em que este concedeu a reparação do dano patrimonial, mas negou a indenização por dano moral. Na espécie, uma senhora de 40 anos, mãe de três filhos, surpreendeu-se com uma inesperada gravidez, que alegadamente causaria forte abalo no planejamento familiar, bem como problemas financeiros. A demanda foi proposta contra o laboratório fabricante das citadas “pílulas de farinha”.⁴³

Como o recurso especial interposto pela Autora não foi apreciado, por intempestivo, o STJ não pode reafirmar a sua convicção a respeito da possibilidade de se indenizar dano extrapatrimonial na espécie, restringindo a sua análise ao recurso do laboratório. Apesar de o voto centrar toda a sua argumentação na questão probatória, visto que a autora não havia feito uma prova cabal do consumo do medicamento anticoncepcional, houve a manutenção da reparação por dano patrimonial deferida pelo Tribunal catarinense, demonstrando a posição do STJ em também respaldar esse tipo de indenização.

4- Conclusão

⁴¹ Interessantes exemplos obtemos pelo exame de dois casos julgados pelo TJRJ, na Apelação Cível n. 51987/2005, que trata de reparação pelos danos causados pelo anticoncepcional Microvlar e na Apelação Cível 2005.001.44438, que concedeu ampla reparação pelos prejuízos resultantes de uma vasectomia mal realizada.

⁴² BRASIL. STJ. Recurso Especial n. 1096325/SP. Recorrente: Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda. Recorrido: Catarina de Fátima Celaro Oliveira. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, julgado em 09 de dezembro de 2008. No mesmo sentido manifestou-se o TJSC, na Apelação Cível n. 2004.020556-2, de Taió, Rel. Des. Luiz César Medeiros, Câmara Especial Temporária de Direito Civil, j. em 13/11/2009, concedendo reparação pelo dano moral (vinte mil reais) e um pensionamento de um salário mínimo até o menor completar os estudos.

⁴³ BRASIL. STJ. Recurso Especial n. 1020746/SP. Recorrente: Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda. Recorrido: Lurdes Alberti. Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgado em 17 de fevereiro de 2011.

As incontáveis questões complexas que envolvem a indenização pelo nascimento de filhos indesejados são responsáveis pela impressionante atração que essa nova espécie de dano causa na doutrina estrangeira. Com efeito, o cunho interdisciplinar contido na análise dessas espécies desafia inclusive pensadores afastados do mundo jurídico. A doutrina brasileira tem se mostrado mais tímida, mormente por acreditar que o assunto somente adquire relevância em países que apresentam a ampla possibilidade de abortos voluntários.

Com a observação de alguns métodos contraceptivos lícitos, como a laqueadura tubária, notou-se a possibilidade de vinculação estreita destes novos danos, principalmente o *wrongful conception*, com o direito brasileiro. Por conseguinte, a notícia da jurisprudência estrangeira guarda enorme interesse para iluminar o caminho da utilização deste novo tipo de dano reparável no direito brasileiro.

Destarte, nos tribunais pátrios, apesar de existir uma natural falta de consenso, há um tendência muito forte no sentido de, ultrapassados os empecilhos probatórios e de imputabilidade, admitir a ressarcibilidade dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais advindos do nascimento de filhos indesejados.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS.

Chron - Chronique

D - Dalloz

Gaz. Pal - Gazette du Palais

I.R.- information rapide

JCP - Juris-classeur périodique

obs. - observations

p. - página

pan.- panorama

Resp. civ. et assu. - Revue de Responsabilité civile et assurance

RGAT - Revue générale des assurances terrestres

RIDC - Revue internationale de droit comparé

RTDC - Revue Trimestrielle de Droit Civil

RTDSS - Revue trimestrielle de droit sanitaire et social

Somm - sommaire commenté

Referências Bibliográficas

- BARBIÉRI, Jean-François. in J.C.P. 1992. II. 21784
- BOM, BÉCHILLON D. 1999. Somm.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo, Atlas, 2007.
- FABRE-MAGNAN, Muriel. Avortment et responsabilité médicale, RTDC, 2001.
- FÉO, Christina e VIERIA, Tereza Rodrigues. O direito de não nascer com deficiência, Revista Consulex, n. 240, Janeiro de Janeiro, 2007.
- GRAMSTRUP, Erik Frederico. Responsabilidade objetiva na cláusula geral codificada e nos microsistemas In: Mário Luiz Delgado; Jones Figueiredo Alves. (Org.). Novo Código Civil: Questões Controvertidas, Volume 5, Responsabilidade Civil. 1 ed. São Paulo: Método, 2006, v. 5.
- HAUSER, Jean. Encore le droit de ne pas naître: l'autodestruction de l'homme par l'inflation des droits subjectifs. RTDC. 1996.
- HENNERON, Sandrine. D. 1999. Somm.
- HENSEL, Wendy F. The disabling impact of wrongful birth and wrongful life actions, Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, vol.40, 2005.
- HERMITTE, M. A. Le contentieux de la naissance d'enfants handicapés. Gaz. Pal. 1997.
- JOURDAIN, Patrice. La naissance d'un enfant peut-elle engendrer un préjudice indemnisable pour la mère en cas d'interruption volontaire de grossesse pratiquée sans succès?, RTDC. 1991. _____ . Le préjudice résultant de la naissance d'un enfant atteint d'un handicap congénital. RTDC. 1996. p.623
- KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico, 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007
- LE TORNEAU, Phillippe. D. 1991. p. 567
- LE TOURNEAU, Philippe; CADIET, Loic. Droit de la responsabilité, action dalloz. Paris: Dalloz, 1998.
- LEVIT, Nancy. Ethereal Torts, George Washington Law Review, vol. 61, Novembro de 1992.
- MAHONEY, Kathleen A. Malpractice Claims Resulting from Negligent Preconception Genetic Testing: Do These Claims Present a Strain of Wrongful Birth or Wrongful Conception, and Does the Categorization Even Matter? Suffolk University Law Review, vol. 39, 2006.
- MARKESINIS, Basil. Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt Perruche, RTDC, 2001.
- MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção - As cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro, Revista dos Tribunais, vol.753, 1988.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana, in Princípios do direito civil contemporâneo, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MOREAU, Jacques. J.C.P. 1997. II. 22828.
- MURTAUGH, Michael T. Wrongful Birth: The Courts' Dilemma in Determining a Remedy for a "Blessed Event", Pace Law Review, vol. 27, Winter 2007.
- PENNEAU, Jean. D. 1997. Somm. P. 322
- PETEFFI DA SILVA, Rafael. Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance, 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Novos direitos, reparação dos pais pelo nascimento de filhos indesejados e a tutela do direito de não nascer : um diálogo com ordenamento Francês.. In: Reinaldo Pereira e Silva (Org.). Novos Direitos: Conquistas e Desafios. 1 ed. Curitiba:Juruá, p. 183-209

_____. *Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life*: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelo ordenamento brasileiro. Porto Alegre: Revista Ajuris, n. 117, p.311-341, Março de 2010.

REALE, Miguel. Fontes e Modelos do Direito. 1. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 1999

STRASSER, Mark. Wrongful life, wrongful birth, wrongful death, and the right to refuse treatment: can reasonable jurisdictions recognize all but one?, Missouri Law Review, vol. 64, 1999.

SETH, Darpana. Better off unborn? An analysis of wrongful birth and wrongful life claims under the Americans with disabilities act, Tennessee Law Review, vol. 73, 2006.

SILVA, Reinaldo Pereira e. Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos. São Paulo: LTr, 2003

VINEY, Geneviève, J.C.P. 1997. I. 4025, nº 19

_____. J.C.P. 1996. I. 3985, nº 19

WWW.TJRS.JUS.BR

WWW.TJSP.JUS.BR

WWW.TJPR.JUS.BR

WWW.TJMG.JUS.BR

WWW.TJ.SC.GOV.BR

WWW.TJ.RJ.GOV.BR

WWW.STJ.GOV.BR