

RESPONSABILIDADE CIVIL E NASCIMENTO INDESEJADO DE FILHOS: um estudo inspirado na leitura do livro “A MENINA DE VIDRO”¹

CIVIL LIABILITY AND WRONGFUL BIRTH: a study inspired by reading the book "HANDLE WITH CARE: A NOVEL"

**Ana Beatriz de Carvalho Lima²
Roberta Marina Cioatto³**

RESUMO: Este trabalho aborda a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil pelo nascimento indesejado de filhos. Situação esta que emerge quando métodos contraceptivos utilizados falham e com isso acontece uma gestação indesejada, bem como quando erros médicos ou laboratoriais no diagnóstico de anomalias fetais comprometem o direito da mulher em interromper a gestação. “A Menina de Vidro” relata a história de Willow, criança nascida com osteogênese imperfeita, doença que causa extrema fragilidade em seus ossos e que a faz sofrer centenas de fraturas ao longo da vida. E se a mãe soubesse antecipadamente da doença de Willow? E se as coisas pudessem ter sido diferentes? E se Willow nunca tivesse nascido? Deste modo, o problema desta pesquisa: Qual a relação do livro “A Menina de Vidro” com as *Wrongful Actions* para ensejar responsabilidade civil? O objetivo geral do trabalho foi investigar a relação do livro “A Menina de Vidro” com as *Wrongful Actions* de modo a ensejar a responsabilidade civil em caso de nascimento indesejado de filhos. Como objetivos específicos: contar a história “A Menina de Vidro”, conceituar as diferentes espécies de *Wrongful Actions* e identificar a *Wrongful Actions* referida no livro. Trata-se de pesquisa de caráter bibliográfico, recorrendo-se a uma narrativa literária para o realização de estudo de caso.

Palavras-Chaves: A Menina de Vidro. Nascimento indesejado. Responsabilidade civil. *Wrongful Actions*.

ABSTRACT: This paper addresses the possibility of applying civil liability for wrongful birth. Situation that arises when contraceptive methods used fail and with this an unwanted pregnancy occurs, as well when medical or laboratory errors in the diagnosis of fetal anomalies compromise the woman's right to terminate the pregnancy. “Handle with care: a novel” tells the story of Willow, a child born with osteogenesis imperfecta, a disease that causes extreme fragility in her bones and causes her to suffer hundreds of fractures throughout her life. What if the mother knew in advance of Willow's illness? What if things could have been different? What if Willow had never been born? Thus, the problem of this research: What is the relationship of the book “Handle with care: a novel” with the *Wrongful Actions* to give rise to civil liability? The general objective of the work was to investigate the relationship of the book “Handle with care: a novel” with the *Wrongful Actions* in order to give rise to civil liability in case of unwanted birth. As specific objectives: to tell the story “Handle with care: a novel”, conceptualize the different species of *Wrongful Actions* and identify the *Wrongful Actions* referred in the book. This is a bibliographic research, using a literary narrative for the realization of a case study.

Keywords: Handle with care: a novel. Wrongful Birth. Civil Liability. *Wrongful Actions*.

¹ Este artigo foi desenvolvido a partir de trabalho de conclusão de curso de direito escrito pela discente e orientado pela docente, devidamente adaptado pela segunda para submissão a esta revista.

² Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Paraíso de Juazeiro do Norte - Ceará. Advogada. E-mail: anabeatrizcarvalhoadv@gmail.com

³ Doutora em Direito pela UFSC Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: robertacioatto@gmail.com

INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento das sociedades, as pessoas passaram a ter maior acesso aos seus direitos, o que fez com que novos bens passassem a ser tuteláveis perante o ordenamento jurídico, resultando assim em grandes transformações nas diversas áreas sociais. A partir da nova realidade, surgiram discussões acerca dos avanços na área do Direito em conjunto a técnicas médicas de reprodução humana, dentro do âmbito da responsabilidade civil. São diversos os casos que apontam a questão da gravidez indesejada e que trazem discussões bastante pertinentes em relação ao que pode ser considerado responsabilidade civil e dano cabível de indenização. Nos Estados Unidos da América originaram-se três teorias que tratam do nascimento indesejado de crianças e que são consideradas espécies de ações indenizatórias que têm como fundamento a falha médica: Concepção Indesejada (*Wrongful Conception*), Nascimento Indesejado (*Wrongful Birth*) e Vida Indesejada (*Wrongful Life*).

A ação de concepção indesejada consiste em uma gravidez não planejada que se ocasionou por falha no método contraceptivo, seja por comprimido anticoncepcional ineficaz, seja por falha médica ocorrida em um método contraceptivo definitivo, como a laqueadura tubária e a vasectomia, ou até a falha em procedimento abortivo, quando permitido. A ação de vida indesejada seria movida pela criança deficiente em face dos genitores, considerando a sua vida o próprio dano e objetivando indenização em razão da escolha dos pais de não abortar, causando, assim, dano a ser reparado. A ação por nascimento indesejado ocorre na gravidez planejada, mas por conta de falha médica durante exames recorrentes de pré-natal ou de testes genéticos, a criança nasce com deficiência física ou mental não diagnosticada anteriormente. Em “A Menina de Vidro”, livro da autora americana Jodi Picoult, escrito em 2009, relata-se a história da Willow, uma criança que nasceu com osteogênese imperfeita, doença que causa extrema fragilidade em seus ossos e a faz sofrer centenas de fraturas ao longo da sua vida, causando-lhe dores insuportáveis. E se Charlotte soubesse da doença de Willow? E se as coisas pudessem ter sido diferentes? E se Willow nunca tivesse nascido? Após anos de cuidados, uma dupla de advogados oferece a sua mãe, *Charlotte*, processar sua obstetra e melhor amiga em razão do não diagnóstico da doença precoce que pudesse optar por um aborto.

Deste modo, surgiu o problema da presente pesquisa: Qual a relação do livro “A

Menina de Vidro” com as *Wrongful Actions* para ensinar responsabilidade civil? Assim sendo, o objetivo geral do trabalho foi investigar a relação do livro “A Menina de Vidro” com as *Wrongful Actions* de modo a ensinar a responsabilidade civil em caso de nascimento indesejado. Como objetivos específicos: contar a história “A Menina de Vidro”, conceituar as diferentes espécies de *Wrongful Actions* e identificar a *Wrongful Actions* referida no livro. Trata-se de pesquisa de caráter bibliográfico, recorrendo-se a uma narrativa literária para o realização de estudo de caso. No âmbito acadêmico, a pesquisa justifica-se uma vez que questionamentos surgem em torno da possibilidade de considerar o nascimento indesejado de filhos como novidade para as espécies de danos indenizáveis, sendo possível a aplicação do instituto da responsabilidade civil.

“A MENINA DE VIDRO”

O livro “A Menina de Vidro” é uma obra da autora americana Jodi Picoult. Lançado em 2009 com o título original “*Handle with care: a novel*”, foi traduzido para o português em 2011 por Paulo Polzonoff Jr. A história relata a vida de Willow, filha da confeitadeira Charlotte e do policial Sean, e irmã de Amélia. Willow é uma menina de apenas 5 anos que possui a doença osteogênese imperfeita, popularmente conhecida como ossos de vidro, diagnosticada ainda no útero da sua mãe. A osteogênese imperfeita é uma enfermidade que afeta a produção de colágeno, causando a fragilidade nos ossos humanos. Willow foi diagnosticada com o tipo III da doença, que não é letal, mas é considerada grave. Sua manifestação ocorre com a baixa estatura da criança, que causa em Willow, uma menina de 5 anos, a aparência de 3 anos, bem como múltiplas fraturas recorrentes ao longo da vida, das quais, quando nas costelas causam problemas respiratórios graves.

Willow foi uma criança planejada, e após alguns anos de tentativa de concepção, sua mãe procura a obstetra Piper, que também é sua melhor amiga, para entender o motivo que não conseguia engravidar novamente, já que havia engravidado anteriormente de Amália, então com 12 anos de idade. Após exames que não constatarem nada que impedisse Charlotte de engravidar novamente, ela descobriu estar grávida. A gestação decorreu inicialmente tranquila. Mas, por volta da 15^a semana, após exames pré-natais para detectar a possibilidade de problemas neurológicos ou síndrome de Down, percebeu-se a primeira anormalidade no feto durante a ultrassonografia. Conforme a linguagem médica, os fêmures

estavam no sexto percentil. A obstetra Piper alegou que poderia ser genético, pois a mãe do feto não era alta, e assim não deu grande importância.

A doença foi descoberta na 20^a semana de gestação. Durante a realização de uma ultrassonografia, Piper constatou que a pequena Willow estava com cinco fraturas em processo de cicatrização. Desde então, a gestação passou a ser conturbada, com vários cuidados para que Willow não sofresse mais fraturas dentro do útero, os quais foram ineficazes. Willow nasceu em um parto prematuro, com sete fraturas antigas que estavam cicatrizando, e tinha adquirido mais quatro, durante o parto. E assim vai ocorrendo ao longo de sua vida. São fraturas inesperadas mesmo com todos os cuidados que sua família tem para que isso não aconteça. Decorridos 5 anos de seu nascimento, Willow e sua família viajam para a Disney e é nessa viagem que inicia todo o enredo do livro. Depois de um pequeno descuido, a pequena escorrega e cai no chão, sofrendo uma fratura grave. Ao ser levada ao hospital, a equipe médica fica assustada com a quantidade de fraturas que ela possui e, como a sua família não consegue provar documentalmente sua doença, os seus pais são conduzidos à delegacia acusados de maus tratos. Assim, Willow e sua irmã foram afastadas dos genitores, ficando sob custódia do Estado.

Após todo o episódio, a família busca um advogado para ingressar com ação de danos morais em virtude do constrangimento ocorrido. Entretanto, o escritório de advocacia aconselha o ingresso da ação de nascimento indevido, baseado na teoria *wrongful birth*. A ação consiste em pleitear judicialmente indenização em virtude do nascimento de uma criança com alguma deficiência que, se a mãe soubesse durante a gestação sobre esse problema de saúde, ela teria optado pelo aborto. Com isso, coloca a responsabilidade pela deficiência da criança em falha médica ocorrida durante os exames de pré-natal. Conforme Picoult (2009, p. 66), “em New Hampshire, os pais são responsáveis por cuidar de filhos deficientes por toda a vida, não somente até os 18 anos, o que é uma razão e tanto para buscar uma compensação financeira”. Portanto, a indenização por perdas e danos caberia para o nascimento e para os cuidados de uma criança deficiente.

A incerteza era intensa para Charlotte, pois além de processar a sua melhor amiga, ela teria que afirmar perante a sua família e ao tribunal que sua filha nunca deveria ter nascido, e que se soubesse da deficiência de Willow ao tempo certo, teria interrompido a gestação. Já Sean, o pai de Willow, estava irredutível, não aceitava ingressar com a ação. Charlotte acabou aceitando a proposta do escritório de advocacia e ingressou com a ação de

nascimento indevido. A família estava passando por uma longa crise financeira e Charlotte sabia que o valor da indenização seria muito importante para o pagamento das despesas advindas da deficiência de Willow e serviria para lhe proporcionar uma melhor qualidade de vida.

O processo foi longo e doloroso, interferindo em todas as relações que existiam entre a família de Charlotte e a família da sua melhor amiga e obstetra, Piper. Da mesma forma, após diversos desentendimentos entre Charlotte e Sean, pois ele não aceitava a proposição, por Charlotte, da ação de nascimento indevido, Sean pediu o divórcio. Charlotte, no decorrer da narrativa, também sofre represália na sociedade, pois, ao ingressar com a ação, Charlotte estava expressando que uma vida com osteogênese imperfeita não seria digna de ser vivida. O julgamento da ação durou vários dias e contou com o depoimento de familiares e especialistas médicos, para que se pudesse concluir ter havido falha por parte da obstetra Piper por não ter identificado a deficiência a tempo, proporcionando a interrupção da gestação. Ao final, Charlotte ganhou a causa com uma indenização de US\$ 8.000.000 (oito milhões de dólares), considerada uma das maiores indenizações por nascimento indevido na história de New Hampshire.

WRONGFUL ACTIONS: espécies e seus conceitos

O desenvolvimento da medicina reprodutiva e dos testes genéticos permite maiores possibilidades de identificar, de forma antecipada, se uma criança nascerá com alguma má formação ou com doenças congênitas. Nesse contexto,

[...] é pertinente investigar os limites da responsabilidade do médico que não realiza um diagnóstico correto e, mais ainda, daquele que viola os deveres de informação, cuidado e consentimento informado, subtraindo aos genitores informações sobre uma possível deficiência da criança. (NARDELLI E SÁ, 2013, p. 124).

Com isso, além do aumento da realização de testes genéticos, também aumentaram as demandas judiciais decorrentes. Essas demandas são delimitadas como *wrongful actions*, que subdivide-se em três importantes teorias. As teorias que regem o nascimento indesejado de filhos são consideradas ampliações de danos indenizáveis. Resultam em ações judiciais que possibilitam a configuração do nascimento, na ações de *wrongful conception*

e *wrongful birth*, ou da vida, nas ações de *wrongful life*, como um dano cabível de indenização (SIMÕES, 2010).

Menciona Ribeiro (2019) que as *wrongful actions* apontam as responsabilidades daqueles que permitiram a concepção indesejada, o nascimento indesejado e a vida indesejada, e diante disso aponta um argumento comum entre elas, que é o dano alegado. Esses termos foram originados nos Estados Unidos da América. Porém, é importante destacar que a doutrina não é totalmente uniforme nas nomenclaturas do *wrongful conception* e do *wrongful birth*, sendo possível encontrar divergências, conforme ressaltam Silva e Rammê (2013). Esses autores afirmam que Michael Murtaugh (2007), por exemplo, utiliza o termo *wrongful birth* para definir as ações que são movidas por pais de filhos indesejados, os quais podem ter nascidos saudáveis ou com alguma deficiência grave. Por outro lado, o termo, para Sheth (2006), representa outra tendência doutrinária, que define como as ações movidas apenas por pais que geraram crianças deficientes. Nesses casos, os profissionais médicos falham no diagnóstico sobre as condições do feto, e assim retiram dos pais a possibilidade de abortamento. Para ele, o termo não seria utilizado para os pais que simplesmente não queriam ter filhos, mesmo que nasçam saudáveis.

Já Mahoney (2006) segue a tendência majoritária a determinar que o *wrongful conception* envolve uma gravidez que não foi planejada, que advém de uma falha conceptiva e nasce uma criança saudável. No entanto, *wrongful birth* envolve uma gravidez que foi planejada, mas que por falhas genéticas a criança vem a nascer com alguma deficiência. Portanto, para um melhor desenvolvimento do presente trabalho, será adotado o entendimento da doutrina majoritária, que trata o conceito de *wrongful conception* como a ação movida pelos pais da criança que nasceu saudável, pleiteando uma compensação, em virtude da concepção não ter sido desejada. Já o conceito de *wrongful birth* consiste na ação movida pelos pais da criança deficiente, pleiteada uma indenização em virtude do nascimento com a deficiência ter sido resultado de uma falha médica.

WRONGFUL CONCEPTION OU CONCEPÇÃO INDESEJADA

Wrongful conception é o termo utilizado para as ações movidas pelos pais da criança, fundamentadas em uma concepção ou em uma gravidez que não foi desejada ou planejada. Conforme Pereira (2013, p. 17), aborda, portanto, “os casos de casais que escolheram lançar

mão de métodos contraceptivos, como vasectomia, laqueadura e aborto e, por falha médica, acabaram concebendo uma criança não planejada ou indesejada.”

Assim, o *wrongful conception* abrange todos os casos que envolvem o nascimento de crianças sem qualquer tipo de deficiência, mas que seu nascimento é indesejado (PETEFFI, 2013). Cumpre ressaltar o destaque de Hensel:

As primeiras reivindicações nesta categoria, muitas vezes rotuladas de "concepção errada" ou "gravidez indevida", foram trazidas pelos pais contra quaisquer médicos que realizaram procedimentos de esterilização negligentes ou abortos, ou fabricantes que desenvolveram produtos anticoncepcionais defeituosos. (2005, p. 151, tradução nossa).

A concepção não planejada pode ser cabível de indenização em razão da violação da liberdade de autodeterminação da mãe e do direito de liberdade do planejamento familiar de que as famílias dispõem, referem Nardelli e Sá (2016). Segundo Queirós (2016), é dessa forma que nasce uma pretensão indenizatória dos pais pelo dano sofrido, mas este dano não é a criança, e sim o fato de lhes ter sido retirado o direito de decisão reprodutiva. O pedido de indenização consiste na responsabilização daqueles que tinham o comprometimento de evitar a concepção. Pode ser em face de médicos, de laboratórios responsáveis pelas pílulas anticoncepcionais ou de qualquer outro que tenha envolvimento com a concepção da criança. A indenização será calculada com base nos custos decorrentes com a gestação, afirma Silva (2015).

O primeiro debate judicial abordando o *wrongful conception* foi o caso conhecido como Clarence H. Christensen v. Hj Thornby, julgado pela Corte de Minnesota em 1934. Os demandantes postulavam reparação dos custos resultantes de uma segunda gravidez da mulher, provocada após uma falha no procedimento de vasectomia realizada em razão de complicações durante a primeira gestação (PEREIRA, 2013, p. 19). O caso foi julgado improcedente, com a fundamentação de que o bem jurídico que se estava buscando tutelar era a vida da mulher, e a gravidez sucedera normalmente. Além disso, o tribunal afirmou que o esposo foi abençoado pelo nascimento da nova criança, e assim não teria dano a ser reparado (MURTAUGH, 2007, p. 252).

Quanto ao *wrongful conception*, o primeiro caso julgado procedente só aconteceu 33 anos após o primeiro julgamento da referida teoria. Custodio v. Bauer foi julgado pela Corte de Apelação da Califórnia. A demanda ocorreu em virtude de erro ocorrido em procedimento cirúrgico de esterilização por ligação de trompas, que resultou em uma gestação indesejada

(PEREIRA, 2013, p. 20). O tribunal fundamentou ter ficado provada a negligência durante o procedimento cirúrgico, e que o médico violara o dever que tinha para com os demandantes, sendo cabível a indenização. (MURTAUGH, 2007, p. 253).

Diante do exposto, é possível concluir que quando a demanda trata de uma criança saudável, sem qualquer deficiência, os tribunais se empenham na fundamentação sobre bênçãos e benefícios da paternidade. Com isso, reduzem a indenização dos danos sofridos. Existe ainda grande probabilidade de se ter o pedido negado (MURTAUGH, 2007). Por fim, Silva e Rammê (2013, p. 128) afirmam que “a maioria dos tribunais americanos admite a indenização como forma de reparação do *wrongful conception*”. Dos trinta e dois estados americanos que aceitavam a teoria em 2013, apenas cinco admitiam a compensação parcial do prejuízo sofrido pelos pais no custeio da manutenção do filho.

WRONGFUL BIRTH OU NASCIMENTO INDESEJADO

O *wrongful birth* é o termo utilizado para definir as ações movidas em razão do nascimento de uma criança planejada, mas que, em razão de falhas nos testes genéticos ou durante os exames clínicos de pré-natal, nasce com alguma deficiência. Significa, assim, “um nascimento injusto ou indevido, porque a genitora deu à luz, sem que ela soubesse, a uma criança com algum tipo de deficiência que, se previamente conhecida, teria ocasionado o exercício do direito ao aborto. (HOLANDA, 2012, p. 5). Nardelli e Sá (2016) afirmam que as doenças ou a deficiência não são causadas pelo médico. A sua causa deriva de uma causa distinta da conduta médica e o que se reclama nessa ação é que o médico não informa aos pais sobre a sua existência, e assim lhes retirada a possibilidade de optar por um método abortivo. É evidente que o médico, quando viola suas obrigações de informação para com o paciente, causa grandes danos que atingem os direitos dos pais e os da criança. É certo afirmar que ainda é possível encontrar grande hesitação para aplicá-la, por ser considerada discriminatória e atentar contra o direito à vida (VALADARES, 2020).

Na atribuição dos valores a título de indenização, ressalta-se que a pensão de forma integral, suficiente para cobrir todos os custos da criança, só é concedida nos casos fundamentados nessa ação, em virtude da deficiência, asseveram Silva e Rammê (2013). Assim, a ação é movida pelos pais, em nome próprio, que buscam pleitear os danos sofridos por eles, acrescentando os danos morais e os custos com o sustento da criança, que

abrangem os gastos com educação e saúde, conforme dispõe Pereira (2013). Consolidando essa linha sobre indenização, Simões (2010) afirma que essa ação é proposta pelos pais contra os profissionais médicos que falharam, em virtude do nascimento indesejado de um filho, e exige indenização em prol dos danos causados pela gravidez e dos gastos com a educação da criança. Portanto, é aqui que os pais apontam os danos patrimoniais ou morais resultantes.

Conforme Mahoney (2006), os pais das crianças que nascem com deficiências, ao pleitear ações de *wrongful birth*, devem provar os elementos fundamentais que compõem a negligência médica, demonstrando que o profissional tinha um dever legal para com os pais e o violou, causando, assim, o dano. No que pertine a uma demanda de *wrongful birth* no Brasil, Sá, Naves e Souza (2020) entendem que, se trouxer como única medida interventiva a interrupção da gravidez, trará a discussão acerca da legalidade do aborto. Por outro lado, em sendo a frustração de tratamento da anomalia genética o foco da ação, haverá a possibilidade de indenização pelos gastos relacionados à manutenção da vida com qualidade da pessoa nascida. Holanda (2012) afirma que nos países em que o ordenamento jurídico não permite a interrupção da gestação de forma voluntária, não cabe a aplicação da teoria *wrongful birth*, mesmo que a criança seja diagnosticada com deficiências. Sob essa perspectiva, é possível verificar que a aplicação da teoria, ainda que vinculada a uma gravidez planejada, mantém enorme dependência ao direito de abortar voluntariamente, encontrado em países diversos, consolida Silva e Rammê (2013).

O caso que originou essa teoria foi julgado, no ano de 1967, pela Suprema Corte de New Jersey, e é conhecido como *Gleitman v. Cosgrove*. Ocorreu em virtude de uma gestante, acometida com rubéola, ter sido informada pelo médico que a doença não iria causar problemas à criança (QUEIRÓS, 2016). Ocorre que a informação de que não causaria deficiências foi errônea. Ao nascer, a criança foi diagnosticada com graves deficiências na visão, na audição e na fala, bem como retardamento mental, conforme Pereira (2012 apud Peteffi, 2010). A ação foi julgada improcedente pela Corte, com a argumentação de que no estado vigorava a proibição do abortamento voluntário, bem como era impossível o cálculo do dano que a mulher pleiteava. Igualmente, a contrariedade do pedido face à ordem pública, como cita Raposo (2010). A primeira demanda judicial que foi julgada procedente só ocorreu dez anos depois do primeiro caso de *wrongful birth*. Ficou conhecido como *Becker v. Swartz*, e foi julgado na Corte de Apelação de Nova Iorque no ano de 1977

(PEREIRA, 2013). Tratava de gestante de 37 anos de idade que não fora aconselhada pelo médico sobre os riscos de uma gravidez na sua idade, e não houve o aconselhamento para a realização do procedimento conhecido como amniocentese. A criança nasceu com o diagnóstico de síndrome de Down (ALMEIDA, 2013). “O tribunal de Nova Iorque reconheceu aos pais o direito de indenização das despesas médicas da criança, mas não por dano moral da dor e sofrimento dos pais por terem um filho deficiente”. (ALMEIDA, 2013, p. 49).

Nesse contexto, o entendimento para Hensel (2005) é que as ações de *wrongful birth* demandam um abalo enorme para as pessoas com deficiência, não só na esfera psicológica dos indivíduos, mas também na sua imagem social, podendo causar um desgaste nos ganhos que os deficientes já obtiveram na sociedade, frente ao preconceito social que ainda é frequente. O mesmo autor continua afirmando que, independentemente do nível da negligência ou da necessidade financeira frente à deficiência, não ocorrerá a condenação para o pagamento de custos para assistência da família caso seja comprovado que ela aceitaria a criança deficiente, de qualquer modo.

WRONGFUL LIFE OU VIDA INDESEJADA

Wrongful life é o termo utilizado para as ações promovidas pelo filho, que considera a sua vida como indesejada. Conforme Queirós (2016, p. 8), está-se perante uma *wrongful life* quando “uma criança (em regra, recém-nascida) exige uma indenização pelo facto de ter nascido com determinadas deficiências e, não fosse o comportamento negligente do médico, a mãe teria optado pela IVG (Interrupção Voluntária da Gravidez)”. Conforme Holanda (2012), as ações de *wrongful birth* e *wrongful life* constituem demandas judiciais que são justificadas por causa idêntica, que consiste na falha no diagnóstico de deficiência ou por falta de informações acerca de anomalia fetal. Entretanto, o que as diferencia é que a ação de *wrongful life* é ajuizada pela criança prejudicada. Essa ação é composta por duas possibilidades de integração do polo passivo. Conforme Sá, Naves e Souza (2020), a criança, devidamente representada, pode propor a ação em face do profissional médico ou da clínica, com fundamento na falha de identificação da doença ou da deficiência e, assim, ter sido prejudicada a autonomia que os genitores possuíam em optar por outras interfaces. De outro modo, a criança pode ajuizar a ação contra os genitores, com fundamento que não tomaram

a decisão adequada para evitar o nascimento ou para buscar tratamentos aptos para reduzir, bem como para encerrar a doença. Nessa segunda hipótese, Silva (2015) diz que existem muitas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais.

Consolidando a primeira possibilidade, sendo essa a típica *wrongful life*, a mais frequente nos tribunais, Pereira (2020) indica que o *wrongful life* ocorre nos casos em que a própria criança, com a devida representação legal dos seus responsáveis, pleiteia indenização contra o médico, o hospital, a clínica e/ou o laboratório, justificando que a sua lesão poderia ter sido diagnosticada por meio de exames. Tal como na *wrongful bith*, a *wrongful life action* só pode ser ajuizada nos países onde o aborto é permitido. Isso porque “o cerne da questão é saber se a perda da chance do exercício do aborto pode ser considerada um dano à própria pessoa deficiente, quem terá de suportar a falha médica e, com isso, viver de forma prejudicial.” (HOLANDA, 2012, p. 6). No pedido de indenização, Silva (2015, p. 127) afirma que “os danos que se invocam são os sofridos pelo próprio filho, ou seja, os emergentes do próprio nascimento: a vida da própria criança com deficiência que não existiria se o médico tivesse sido diligente”.

O primeiro caso judicial a ensejar a temática ficou conhecido como *Zepeda v. Zepeda*, julgado em 1963 pelo Tribunal do Estado de Illinois. Aqui, a criança nasceu saudável, mas pleiteou contra o seu genitor alegando que sua vida seria indesejada em razão de ter sido concebido fora do casamento (SILVA, 2015). O caso foi julgado improcedente com a justificativa de que aceitar a alegação abriria espaço para que milhares de processos de pessoas concebidas ou nascidas em condições desfavoráveis fossem instaurados. O primeiro caso que foi julgado favorável esse tipo de ação ocorreu 14 anos depois, em 1977, e foi analisado pelo Tribunal de Nova York. Em *Park v. Chessin*, a demanda foi proposta em razão de a criança ter nascido com uma doença renal policística e os médicos não terem fornecido as informações adequadas para os pais. O tribunal fundamentou a sua aceitação afirmando que a criança que demandava a indenização não pedia o ressarcimento por seu nascimento, mas pelo sofrimento que padecia desde então, em razão da falha conduta médica (PEREIRA, 2012). Para Pereira (2012), as ações de *wrongful life* causam polêmicas em razão dos seus fundamentos, os quais abordam o direito à vida, bem como a vontade de não existir em razão de uma deficiência ou de uma doença. Consolidando essa afirmação, Silva (2015, p. 127-128) expõe que “as ações de *wrongful life* invocam argumentos valorativos de extrema

importância, nomeadamente: o direito de nascer física e mentalmente saudáveis e o direito à não existência ou o direito a não nascer”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O livro “A Menina de Vidro” relata impactos causados na vida das pessoas a partir da propositura de ações judiciais, tanto no âmbito jurídico como no âmbito social e psicológico. Entretanto, traz em seu enredo, principalmente, a polêmica em torno de teorias que tratam do nascimento indesejado de filhos. Impulsiona, assim, o estudo das *Wrongful Actions*: Concepção Indesejada (*Wrongful Conception*), Nascimento Indesejado (*Wrongful Birth*) e Vida Indesejada (*Wrongful Life*). A narrativa da história da pequena Willow e da batalha judicial movida por sua mãe contra a médica obstetra que acompanhou a gestação, com fundamento de que seu nascimento não fora desejado em razão da deficiência não diagnosticada durante o pré-natal, ilustra uma *Wrongful Action*, mais especificamente o nascimento indesejado ou *Wrongful Birth*.

Examinando a problemática do livro, é possível perceber que se trata de uma teoria que não é contemplada no ordenamento jurídico brasileiro. Isso, por conta da mínima possibilidade de aborto lícito permitido, mas que pode surgir em razão de discussões em torno da descriminalização do abortamento ou da ampliação de suas possibilidades. Sabe-se que as *Wrongful Actions* possuem maior força em países onde o aborto é permitido, sendo que o Brasil não permite a prática, exceto em casos de gravidez com risco à vida da gestante, de gravidez resultante de violência sexual e de feto com anencefalia fetal – aqui, fazendo uso da nomenclatura cunhada pelo Supremo Tribunal Federal, não se trataria de aborto, mas de antecipação terapêutica de parto.

Na *wrongful birth*, a conduta que resultou no dano foi uma falha do profissional médico em não diagnosticar a deficiência na criança ou em não informar aos pais sobre a deficiência, violando assim um dos deveres médicos. Diante da consideração da sacralidade da vida, encontra-se grande hesitação para seu reconhecimento, sequer caberia cogitar-se da aplicação da *wrongful birth*, mesmo quando a criança é diagnosticada com deficiências. As questões que envolvem o pedido de indenização em razão de uma concepção, de um nascimento ou de uma vida indesejada são bastantes complexas. Conforme o exposto, tratam-se de teorias americanas, mas que podem encontrar espaço para discussão no país.

Em que pese a inviabilidade da *wrongful life* e a pouca aplicabilidade da *wrongful birth* no Brasil, o mesmo não se pode dizer da *wrongful conception*, que poderia ter causa em procedimentos contraceptivos permitidos e usados no Brasil.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In: **TEIXEIRA**, Sálvio de Figueiredo. **DIREITO & MEDICINA: Aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. Disponível em: http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producaointelectual/23.pdf. Acesso em: 19 set. 2021.

ALMEIDA, Fernanda. **COGITO ERGO (NON VOLLEO) SUM** - Reflexões em torno das ações por nascimento e por vida indevidos. 2013. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses) - Fundação Bissaya Barreto, Coimbra, 2013. Disponível em: <https://comum.rcaap.pt/handle/10400.26/28917>. Acesso em: 25 abr. 2021.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. **RESPONSABILIDADE CIVIL E NASCIMENTO INDESEJADO**: prejuízos reparáveis. 2016. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-19082016-172434/pt-br.php>. Acesso em: 18 mar. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019. Disponível em: <https://cem.cfm.org.br/#Pre>. Acesso em: 19 out. 2021.

DE SÁ, Maria de Fátima Freire; **NAVES**, Bruno Torquato de Oliveira; **DE SOUZA**, Iara Antunes. **BREVES APONTAMENTOS SOBRE ACONSELHAMENTO GENÉTICO PRÉ-NATAL**: nascimento indevido e vida indevida (wrongful birth e wrongful life). **MIGALHAS**. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-e-bioetica/336414/breves-apontamentos-sobre-aconselhamento-genetico-pre-natal--nascimento-indevido-e-vida-indevida--wrongful-birth-e-wrongful-life>. Acesso em: 10 maio 2021.

FERRARI, Nicole Piazza. **O NASCIMENTO INDESEJADO COMO UM DANO**

REPARÁVEL: uma análise dos casos de wrongful conception encontrados nas jurisprudências nacional e estrangeira. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/218871>. Acesso em: 18 mar. 2021.

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: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=932688. Acesso em: 02 maio 2021.

HOLANDA, Caroline Sátiro de. VIOLAÇÃO À LIBERDADE REPRODUTIVA: uma análise dos pressupostos da responsabilidade civil para os casos de wrongful birth e wrongful life. In: XXI Congresso Nacional do Conpedi, 2012, Niterói. **XXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI.** Florianópolis, **FUNJAB**, 2012. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/283490651_VIOLACAO_A_LIBERDADE_REPRODUTIVA_UMA_ANALISE_DOS_PRESSUPOSTOS_DA_RESPONSABILIDADE_CIVIL_PARA_OS_CASOS_DE_WRONGFUL_BIRTH_E_WRONGFUL_LIFE. Acesso em: 25 abr. 2021.

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, Boston, v.39, 2006. Disponível em: https://cpb-us-e1.wpmucdn.com/sites.suffolk.edu/dist/3/1172/files/2006/04/Mahoney_Note_Final.pdf. Acesso em: 25 abr. 2021.

MURTAUGH, Michael T., WRONGFUL BIRTH: The Courts' Dilemma in Determining a Remedy for a "Blessed Event", Pace Law Review, vol. 27, Winter, 2007. Disponível em: <https://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1123&context=plr>. Acesso em: 24 abr. 2021.

NARDELLI, Eduardo Felipe; DE SÁ, Priscila Zeni. CONCEPÇÃO INDESEJADA (WRONGFUL CONCEPTION), NASCIMENTO INDESEJADO (WRONGFUL

BIRTH) E VIDA INDESEJADA (WRONGFUL LIFE): Possibilidade de reparação na perspectiva do Direito Civil – Constitucional Brasileiro. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, Curitiba, v. 2, n. 2, 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/1464> . Acesso em: 24 abr. 2021.

PEREIRA, Paula Cargnin. RESPONSABILIDADE CIVIL E O NASCIMENTO INDESEJADO: uma análise jurisprudencial. 2013. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/104348>. Acesso em: 20 mar. 2021.

PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. DIAGNÓSTICO GENÉTICO EMBRIONÁRIO E O NASCIMENTO INDESEJADO: repercussões no campo da responsabilidade civil. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurílio Casas (org.). Novos danos na pós-modernidade. Belo Horizonte, São Paulo: D' Plácido, 2020. p. 317-350.

PICOULT, Jodi. A menina de vidro. Paulo Polzonoff Jr. Campinas, SP: Verus, 2011. 529 p. Título original: Handle with care: a novel.

QUEIRÓS, Antônio J. A. Gonçalves de. As ações de wrongful life e a legitimidade das suas pretensões. 2016. Dissertação (Especialização em Ciências Jurídico-Forenses) - Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/35115/1/As%20Accoes%20de%20Wrongful%20Life%20e%20a%20Legitimidade%20das%20suas%20Pretensoes.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2021.

RAPOSO, Vera Lúcia. As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica. Revista portuguesa do dano corporal, Coimbra, v. 21, p. 61-99, 2010. Disponível em: [https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/4210/1/8%20-%20As%20wrong%20actions%20no%20ini%CC%81cio%20da%20vida%20\(wrongful%20](https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/4210/1/8%20-%20As%20wrong%20actions%20no%20ini%CC%81cio%20da%20vida%20(wrongful%20)

conception,%20wrongful%20birth%20e%20wrongful%20life)%20e%20a%20responsabilidade%20me%CC%81dica.pdf?ln=eng. Acesso em: 12 maio 2021.

RIBEIRO, Thaís Rezende Azevedo. Direito de não nascer e a teoria da ancestralidade no direito de família. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2019. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/conteudo/dissertacoes/d2de35147cob65ffc838e0929d83cb97.pdf>. Acesso em: 10 maio 2021.

SILVA, Rafael Peteffi. **RESPONSABILIDADE CIVIL PELO NASCIMENTO DE FILHOS INDESEJADOS**: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. In: **MADALENO**, Rolf; **BARBOSA**, Eduardo (org.). Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Atlas, 2015. p. 379-398. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000689/cfi/o!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 24 abr. 2021.

SILVA, Rafael Peteffi; **RAMMÊ**, Adriana Santos. **RESPONSABILIDADE CIVIL PELO NASCIMENTO DE FILHOS INDESEJADOS**: Comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. Revista do CEJUR/TJSC, Florianópolis, v. 01, n. 01, 2013. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/28> . Acesso em: 18 mar. 2021.

SILVA, Sara Elisabete Gonçalves da. Vida indevida (wrongful life) e direito à não existência. Lusíada. Direito, Lisboa, 2015, n. 14. p. 123 - 155. Disponível em: <http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/ldl/article/view/2384/2522>. Acesso em: 24 set. 2021.

SIMÕES, Fernando Dias. Vida Indevida? As acções por wrongful life e a dignidade da vida humana. Revista de estudos politécnicos, v. 8, n. 13, p. 187-203, 2010. Disponível em: https://www.academia.edu/362485/Vida_indevida_As_ac%C3%A7%C3%B5es_por_wrongful_life_e_a_dignidade_da_vida_humana. Acesso em: 25 abr. 2021.

SOUSA, Leila Cristiani Correia de Freitas e. Responsabilidade civil do médico por erro de diagnóstico. 2016. Dissertação (Mestrado acadêmico em ciências jurídicas) - Universidade de Lisboa. Lisboa, 2016. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/32046/1/ulfd133303_tese.pdf. Acesso em: 19 set. 2021.