

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO
GABRIEL OLIVEIRA DE AGUIAR BORGES

**O EFEITO JURÍDICO DO ATO MÉDICO NA INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ:
A VIDA COMO DANO**

UBERLÂNDIA
2019

GABRIEL OLIVEIRA DE AGUIAR BORGES

**O EFEITO JURÍDICO DO ATO MÉDICO NA INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ:
A VIDA COMO DANO**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins.

Banca examinadora: Prof. Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa.

Banca examinadora: Prof^a Dra. Joyceane Bezerra de Menezes.

Área de concentração: Direitos e garantias fundamentais.

Linha de pesquisa 2: Sociedade, sustentabilidade e direitos fundamentais.

Uberlândia
2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

B732e Borges, Gabriel Oliveira de Aguiar, 1993-
2019 O efeito jurídico do ato médico na interrupção da gravidez [recurso eletrônico] : a vida como dano / Gabriel Oliveira de Aguiar Borges. - 2019.

Orientador: Fernando Rodrigues Martins.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia, Programa de Pós-Graduação em Direito.
Modo de acesso: Internet.
Disponível em: <http://dx.doi.org/10.14393/ufu.di.2019.630>
Inclui bibliografia.

1. Direito. 2. Direito à vida. 3. Danos (Direito). 4. Responsabilidade (Direito). I. Martins, Fernando Rodrigues, 1964- (Orient.) II. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340

Gerlaine Araújo Silva - CRB-6/1408

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO
GABRIEL OLIVEIRA DE AGUIAR BORGES

**O EFEITO JURÍDICO DO ATO MÉDICO NA INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ:
A VIDA COMO DANO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal de Uberlândia - UFU, como requisito parcial para a
obtenção do título de mestre em direito.

Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins
UFU (Orientador)

Prof. Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa
UFU (Banca Examinadora)

Profª Dra. Joyceane Bezerra de Menezes.
Unifor/UFC (Banca Examinadora)

UBERLÂNDIA
2019

AGRADECIMENTOS

Por mais clichê que possa parecer, inicio os agradecimentos mencionando Deus, a quem todos devemos o dom da vida.

Posteriormente, me sinto na obrigação de agradecer aos meus pais, Geraldo e Carla, que sempre me incentivaram a estudar. Sem vocês, eu jamais teria chegado aqui.

Ademais, presto uma reverência com o máximo respeito possível a todos os professores que passaram pela minha vida. Professores são tão importantes que ninguém devia sequer cruzar a sombra de um.

Agradeço imensamente aos amigos que fiz no corpo discente do Programa de Mestrado em Direito da UFU, com abraço especial ao Murilo, ao Michel, ao Daniel, ao Lucas (de quem eu já era amigo desde os tempos de graduação) e ao Faleiros. Graças a vocês, a dura vida de pós-graduando se tornou mais suave. O mestrado me deu razão para viver em um tempo difícil. Vocês me deram mais que isso: me deram vontade.

Ademais, agradeço aos amigos que fiz, ou mantive, no corpo docente da UFU.

Ao meu mentor, amigo e irmão, Fernando Rodrigues Martins, lembrando, sempre – e, aqui, cabe a referência a Isaac Newton –, que, se, um dia, eu conseguir ver mais longe que alguém, será porque, desde 2011, tenho subido nos ombros desse gigante, que me apadrinhou no Direito e, mais que isso, me ensinou sobre a vida. Sobre ser resiliente em momentos difíceis. Sobre acreditar em um futuro melhor – e lutar por ele. Sobre ser humano.

Aos amigos Erick, Thaís, Augusto, Enrico, Cassiolato, Guilherme e – novamente – Faleiros, pela paciência que tiveram comigo nos momentos em que eu precisei escolher entre a Academia e a Advocacia – e escolhi aquela primeira.

À Liga de Direito e Negócios de Uberlândia.

A outros ainda não mencionados, mas que, de alguma forma, estiveram comigo ao longo dessa jornada: Alcía, Pontes, Letícia, Andrei,

Crovato, Balt, Orla, Adriano, Valentim, Maurício, Glauco, Bárbara, João Victor, Winston, Stiffler, Basan, Cândice, dentre inúmeros outros.

Por fim, à Universidade Federal de Uberlândia. Espero voltar em breve.

*Aos meus pais, Geraldo e Carla,
dedico tudo o que sou e serei um dia.
À Alícia, com amor.
Aos meus guias da espiritualidade
superior.
Ao Gustavo.
À memória de Eva Darc de Resende.*

“O homem teme a morte porque ama a vida” (Fiódor Dostoiévski).

RESUMO

A partir de uma análise bibliográfica, o presente estudo busca a compreensão do direito à vida e o conceito de dano em responsabilidade civil para encontrar a aplicabilidade de um “direito de não nascer” no ordenamento jurídico brasileiro. Compreendendo as modalidades de dano e os detalhes sobre o direito à vida, o dano vida será explicado de modo a propiciar uma análise acerca da responsabilização do médico pela falha em informar à mãe sobre deficiências do feto, impossibilitando o exercício do direito a interromper a gravidez, impedindo uma vida inviável.

Palavras-chave: Dano; Vida; Responsabilidade Civil; *Wrongful birth*; *Wrongful life*.

ABSTRACT

From a literature review, this study seeks to understand the right of living and the concept of damage in civil liability in order to find the application of a “right not to be born” in Brazilian Law. Understanding the possibilities of damage and the details regarding the right of living, the life damage will be explained in such a way it makes possible to analyze the doctor’s liability for not informing the mother about the fetus handicaps, making it impossible to exercise the right to get an abortion and, therefore, avoid an impossible life.

Keywords: Damage; Life; Civil Liability; Wrongful Birth; Wrongful Life.

Lista de Siglas e Abreviaturas

§ – Parágrafo
AC – Apelação Cível
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgRg – Agravo Regimental
Anadep – Associação Nacional dos Defensores Públicos
Art. - Artigo
BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch*
BGH – *Bundesgerichtshof*
BVerfG - *Bundesverfassungsgericht*
CCI – *Codice Civile Italiano*
CCNE – *Comité Consultatif Nationale d'Éthique*
CC ou CC/02 – Código Civil de 2002
CC/16 – Código Civil de 1916
CC/66 – Código Civil de 1966 (de Portugal)
CCQ/91 – *Code Civil du Québec*
CDC – Código de Proteção e Defesa do Consumidor
CEE – Comunidade Econômica Europeia
CEM ou NCEM – (Novo) Código de Ética Médica
CF ou CF/88 – Constituição Federal de 1988
CFM – Conselho Federal de Medicina
CJF – Conselho da Justiça Federal
Code – *Code Civil Français*
CP – Código Penal
CPC, CPC/15 ou NCPC – (Novo) Código de Processo Civil de 2015
CPC/73 – Código de Processo Civil de 1973
CR ou CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil
DJe – Diário de Justiça Eletrônico
EUA – Estados Unidos da América
et al. – E outros
Inc. – Inciso
LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
LOA – *Law of Obligations Act*
Min. – Ministro
ONU – Organização das Nações Unidas
PEC – Proposta de Emenda à Constituição
PGR – Procuradoria Geral da República
Rel. – Relator
REsp – Recurso Especial
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TCI – Termo de Consentimento Informado
TJPR ou TJ-PR – Tribunal de Justiça do Paraná

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
Capítulo 1: A própria vida como dano? O que são as chamadas <i>wrong actions</i> ?.....	24
1.1 Prolegômenos	24
1.1.1 Do conceito de dano	24
1.2 Da <i>Wrongful conception</i>	31
1.3 Do <i>Wrongful birth</i> e da <i>wrongful life</i>	33
1.4 Outros tipos: <i>wrongful abortion</i> e <i>wrongful acts of the doctor</i>	38
Capítulo 2: Direito de não nascer?	41
2.1 Direito à existência digna e proteção aos direitos da personalidade	41
2.1.1 A “virada kantiana” do Direito Privado e a proteção à dignidade humana	41
2.1.2 Dos direitos humanos aos direitos da personalidade	45
2.1.3 Livre desenvolvimento da personalidade.....	52
2.3 Dever de abortar?	79
Capítulo 3: Da problemática da vida como dano no ordenamento jurídico brasileiro	113
3.1 Da vulnerabilidade informacional do consumidor ao consentimento informado em direito médico.....	113
3.2 O dever de informação nos contratos médicos: o paradigma do consentimento consciente.....	127
3.3 Da responsabilidade civil como sugestão de resposta para a querela	132
3.3.1 Notas sobre a responsabilidade civil do profissional médico .	148
3.3.1.1 Da relação médico-paciente, da boa-fé e da obrigação médica	148

3.3.1.2 Da natureza da responsabilidade médica e do ônus da prova	166
3.3.1.3 Fato do serviço médico e violação positiva do contrato ...	180
3.3.1.4 Excludentes de causalidade e excludentes de responsabilidade	188
3.4 Do <i>quantum debeat</i> em matéria de <i>wrong actions</i>	193
CONCLUSÃO	207
REFERÊNCIAS.....	210

INTRODUÇÃO

Quem me dera morrer antes de ter nascido (Jó, 3: 11)

Na Antiga Esparta, a lei de Licurgo mandava que todos os recém-nascidos deviam ser inspecionados pelos mais velhos. Se fosse descoberto que eram doentes, deformados ou deficientes, seriam jogados de uma montanha. Somente os bebês saudáveis e fortes podiam viver. O propósito dessa lei eugênica era criar uma tribo feita por pessoas superiores: as melhores, as mais saudáveis e as mais fortes. Se o próprio Sócrates tivesse nascido em Esparta, provavelmente não passaria na inspeção¹.

Naquele tempo, a inspeção dos bebês era feita depois do nascimento. Hoje em dia, a evolução médica possibilita que futuros pais examinem a saúde de crianças ainda não nascidas, bem como suas condições genéticas por meio de técnicas de diagnóstico pré-natal.

O profissional da medicina é obrigado tanto legalmente quanto contratualmente a cuidar e a informar aos pais sobre os riscos e resultados dos testes. Com base na informação fornecida pelos médicos, dá-se aos pais, em muitos países, a chance de decidir se o problema de saúde de seu futuro bebê é sério demais para se continuar a gravidez. No caso do Brasil, por exemplo, caberia ao médico obstetra informar à mãe que o feto que carrega é anencéfalo, o que poderia ensejar um aborto legal.

Os pais sempre esperam crianças perfeitas e saudáveis. Mas quem pode definir o que é uma criança “saudável” ou “normal”? A maioria poderia concordar que uma criança que invariavelmente sofrerá de uma doença hereditária com pouca expectativa de vida e deficiências físicas e mentais muito pesadas não é saudável.

Mas e se a criança será, por exemplo, apenas surda? Seria isso um “problema” que deixa a criança fora dos limites da normalidade e é suficiente

¹ EVGENIA, Smyrnaki. Wrongful life and birth. **Medicine and law**, March, 2012 volume 31 issue 1, p. 98.

para que os pais optem por interromper uma gravidez? Uma avaliação genética é inevitável nesse caso e o risco de eugenia não está distante.

Em 17 de novembro de 2000, a Corte de Cassação da França julgava o polêmico *affair* Perruche, confirmando o direito de uma criança nascida com deficiência figurar como autora de ação judicial contra o médico de sua mãe, responsabilizando-o por uma vida que configuraria dano.

Não obstante a inexistência de lei capaz de obrigar a equipe médica a garantir que a criança a nascer não tenha qualquer deficiência, o que se viu foi uma negligência no momento do diagnóstico pré-natal, que poderia prever a hipótese de anomalia fetal, dando à mãe, Josette Perruche, a opção de interromper voluntariamente a gestação da criança, Nicolas Perruche.

Essa quebra do dever de cuidado e informação foi interpretada pelo Judiciário como inexecução contratual por parte do médico, que teria provocado não só um dano à mãe, como, também, à criança que nasceu².

Sendo assim, no caso, tudo se passa como se interessasse a Nicolas a opção de Josette pela interrupção da gravidez, mesmo que Nicolas não viesse a nascer devido a tal decisão.

A confirmação do direito à indenização pelo Judiciário da França revelou que, pela via da reparação de danos, o direito violado com o não cumprimento do dever de informação por parte da equipe médica foi o chamado “direito de não nascer” de Nicolas.

O tribunal almejou estabelecer umnexo causal entre a deficiência de Perruche e o erro médico que impediu a mãe de recorrer ao aborto terapêutico, em uma hipótese de *perda de uma chance*, onde a causalidade se funda sobre a probabilidade de que a oportunidade seria realizada (*in casu*, o aborto) e a

² “Que dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l’exécution des contrats formés avec Mme X... avaient empêché celle-ci d’exercer son choix d’interrompre sa grossesse afin d’éviter la naissance d’un enfant atteint d’un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes renues”. FRANCE. Cour de cassation, Assemblée plénière, Audience publique du Friday 17 November 2000 n° de pourvoi: 99-13701. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007041543&fastReqId=1582000417&fastPos=1> (acesso em 21/02/2018)

certeza de que a vantagem perdida resulta em prejuízo (*in casu*, uma vida inviável)³.

Essa decisão contrariou a jurisprudência firmada no Conselho de Estado, no sentido de que nascimento ou supressão da vida não podem ser considerados como sorte ou azar geradores de consequências jurídicas.

É o caso de Mathieu Quarez, julgado em fevereiro de 1997 (*arrêt du Conseil d'Etat 14 février 1997*), em que, em hospital público, não se diagnosticou a síndrome de Down na fase de gestação. Nesse caso, os juízes não estabeleceram o nexo de causalidade entre o erro e o dano – provocado por anomalia genética incurável –, e consideraram que do erro médico somente decorria o fato de que a gestante e sua família haviam sido privados de informações úteis para decidir se a gravidez deveria ou não prosseguir⁴.

No que tange ao Legislativo, houve quem acusasse o Tribunal de incitar o aborto, por meio de uma espécie de “eutanasia pré-natal”⁵.

Do ponto de vista ético, o CCNE publicou, em maio de 2001, o *Handicaps congénitaux et préjudice*, documento em que se pronuncia sobre o caso Perruche, afirmando que o reconhecimento do direito de não nascer poderia fazer pesar sobre pais e médicos uma pressão de eugênica de ordem normativa⁶.

Para combater o reconhecimento do direito de não nascer, inúmeros foram os projetos de lei apresentados à Assembleia Nacional, com vistas a impedir a reiteração da decisão Perruche, o que já começara a ocorrer, visto que, ao longo do ano de 2001, a *Cour de Cassation*, em outros três acórdãos, garantiu a tutela do direito de não nascer⁷.

O primeiro projeto, de autoria de Jean-François Mattei e outros 41 deputados, afirmava, em sua exposição de motivos, que, pela primeira vez, havia uma união entre direita e esquerda, crentes e céticos, pessoas saudáveis e

³ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. **Leçons de droit civil**. Obligations. Théorie générale, tomo II, v. 1. 8. ed. Paris: Montchrestien, 1991, p. 410-416. Na mesma linha, PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 42.

⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 136 (nota de rodapé).

⁵ *Ibidem*, p. 137.

⁶ *Idem*.

⁷ *Ibidem*, p. 138.

deficientes, denunciando a decisão Perruche, que estaria eivada de eugenia, discriminação, fobia a deficientes (*handiphobie*), etc., de forma que o projeto de lei não se entregava a qualquer interpretação de cunho partidário, mas dos próprios termos da Corte, de que a vida deficiente imposta em alternativa à morte devido a uma falha de diagnóstico, consistiria em prejuízo reparável⁸.

A polêmica e a comoção foram tão grandes que, em 28 de março de 2001, o Senado francês emenda o art. 16 do *Code* com nova alínea, proibindo a indenização por dano-vida.

Na mesma linha, ocorrera, nos Países Baixos, o Caso Kelly⁹, em 1994. Uma garota holandesa chamada Kelly Molenaar nasceu, como Perruche, com séria deficiência. Quando ela tinha dois anos e meio de idade, foi diagnosticada com retardo mental, autismo, crescimento incompleto, incapacidade de andar ou falar, doença cardíaca, audição ruim e visão fraca, não sendo capaz sequer de reconhecer os pais.

Em nove ocasiões, foi deu entrada no hospital devido a choro contínuo, que, acreditava-se, ser causado pela dor.

Kelly não teria nascido, tendo em vista que sua mãe teria escolhido um aborto se soubesse, à época, dos defeitos que sua filha sofreria. A mãe de Kelly pedira ao obstetra com quem se consultava para realizar alguns exames sobre possibilidade de doenças hereditárias e defeitos genéticos, porque decidira interromper a gravidez se houvesse sérias deficiências no feto. Ela o fez porque havia um histórico de doenças de cromossomos na família de seu marido e ela mesma já sofrera dois abortos naturais previamente.

Em ambos os casos, o que se vê são situações de *wrongful birth*¹⁰ e *wrongful life*.

⁸ FRANCE. **Proposition de Loi n, 2806, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 13 décembre 2000**. Disponível em: <http://www.assemblee-nat.fr/propositions/pion2806.asp> (acesso em 03/12/2018).

⁹ Tradução nossa para "*Kelly Case*", como o caso ficou conhecido nos Países Baixos.

¹⁰ Optamos por não traduzir os conceitos de *wrongful birth*, *wrongful life*, *wrongful conception* e conceitos afins porque não encontramos, na língua portuguesa, palavras que pudessem expressar adequadamente seus significados. Vale lembrar que, mesmo em Portugal, onde há uma grande tradição de traduzir expressões não lusófonas, tais conceitos não foram traduzidos.

As ações de *wrongful birth* e de *wrongful life* se assemelham porque, durante o tratamento pré-natal, o médico reconhece a evidência de possibilidade de o feto nascer com deficiências congênitas. Contudo, ele não informa aos pais sobre a deficiência, e a criança nasce com a deformidade¹¹.

Os dois tipos de ação se diferenciam pela pessoa que figura no polo ativo e pela causa de pedir. Na ação de *wrongful birth*, o autor é a mãe ou o pai, que, em próprio nome, alega que perdeu o direito ao consentimento esclarecido sobre a manutenção da gravidez de um filho deficiente. Os lesados são os próprios pais e o direito infringido é o de ter filhos sãos e saudáveis, ou não tê-los¹².

Por sua vez, na ação de *wrongful life*, o autor é o filho, geralmente representado pelos pais, sustentando que a negligência médica foi *conditio sine qua non* para que os progenitores não tenham interrompido a gravidez. Assim, o dano é o de ter de existir com uma deficiência que não o assolaria se a gestação tivesse sido interrompida: é o dano de viver ou vida como dano, resultante da violação do que se convém chamar de *right not to be born*¹³, “direito de não nascer”.

De toda forma, em primeira análise, o sofrimento seria, aparentemente, causado apenas pela natureza. Todavia, não se deve olvidar que, por culpa do profissional da medicina que atende a mãe, os progenitores não consideraram realizar um aborto. Assim, estão presentes os requisitos para a responsabilização civil¹⁴.

Contudo, as chamadas *wrong actions* tendem a falhar, o que se explica, sobretudo, na impossibilidade de mensurar o dano vida.

Contra isso, argumenta González¹⁵ no sentido de que, levando-se tal argumento às últimas consequências, toda ação destinada à compensação por danos morais tenderia a naufragar.

¹¹GONZÁLEZ, José Alberto. **Wrongful birth wrongful life**. O conceito de dano em responsabilidade civil. Lisboa: Quid Juris, 2015, p. 9-10.

¹² Ibidem, 10-11.

¹³ Ibidem, p. 11.

¹⁴ Ibidem, p. 12.

¹⁵ Ibidem, p. 15-16.

Ações de *wrongful life*, geralmente, são ajuizadas pela criança que nasceu doente ou deficiente, tendo, como causa de pedir, o fato de que não teria nascido se o réu tivesse avisado a seus pais do risco de deficiência ou doença antes de seu nascimento.

A tendência tem sido no sentido de os tribunais não reconhecerem esse tipo de pedido, tendo em vista que é difícil comparar uma vida específica com a ausência de vida¹⁶.

Dessa maneira, poderão os pais da criança apresentar dois pedidos de indenização diferentes: um em nome próprio, pelo danos que advêm da circunstância de ter um filho com anormalidades tão gravosas (nesse caso, estaremos perante um processo de *wrongful birth*); outro em nome da própria criança, pelo fato de esta ter nascido com tal doença ou anomalia (*wrongful life*)¹⁷.

Contudo, tal ação pode também ser dirigida contra os pais, invocando-se o fato de terem prosseguido com a gestação apesar de terem conhecimento da doença, reivindicação fundada em um (ainda muito discutido) dever parental de evitar o nascimento de uma criança em tais condições. Alguns tribunais têm reconhecido a existência de um dever, a cargo dos pais, de abortarem fetos malformados, sob pena de atuarem mediante negligência¹⁸.

Essa visão, a princípio, não parece plausível, já que, se os pais entendem que a manutenção do curso normal da gravidez será melhor para a criança do que o aborto, sua ação está moralmente justificada¹⁹.

Embora os processos de *wrongful life* ainda se insiram no contexto de uma reprodução sexual, pensa-se que passarão a ser muito frequentes nos casos de reprodução assistida, sobretudo quando, por exemplo, o médico não

¹⁶ DOLGIN, Janet L.; SHEPHERD, Lois L. **Bioethics and the Law**. 2. ed. Austin: Aspen Publishers, Wolters Kluwer, 2009, p. 325.

¹⁷ RAPOSO, VERA Lúcia. **As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica**. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/4210> (acesso em 24 jan. 2015), p. 62.

¹⁸ Ibidem, p. 63.

¹⁹ ENGELHARD, Tristram H. **The foundations of Bioethics**. Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 258.

informar aos pais sobre determinadas anomalias nos embriões, pelo que estes autorizaram a sua transferência²⁰.

Nos casos de *wrongful birth*, o circunstancialismo é o mesmo da figura anterior, sendo, contudo, a ação movida pelos pais contra o médico, pelo fato de os ter privado de um consentimento esclarecido que eventualmente poderia ter levado à opção pela interrupção da gravidez.

Este cenário ocorre porque o médico não realizou os exames pertinentes, ou porque os interpretou erroneamente, ou porque não comunicou os resultados. Já se vê que o resultado desses processos depende muito da forma como se concebiam as obrigações dos profissionais de saúde no que tange às informações aos pacientes, isto é, quais os fatores de risco que devem ser comunicados e se mesmo fatores improváveis o devem ser²¹.

Os pais requerem uma indenização pelos danos morais e patrimoniais resultantes do nascimento de um filho portador de deficiências graves²². Alegam que, se houvessem sido avisados dos perigos inerentes à doença de que são portadores, teriam preferido não conceber; ou que, se tivessem sido informados da doença que o embrião/feto desenvolveu durante a gestação, teriam optado por interromper a gravidez. Como se vê, a obrigação de informação médica pode atuar em dois momentos distintos: antes ou depois de conceber. No primeiro caso, fala-se de um erro no diagnóstico pré-concepcional; no segundo, em erro no diagnóstico pré-natal²³.

No caso específico do Brasil, o tema só seria aplicável ao caso de anencefalia, onde o aborto se tornou legal a partir do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/DF.

Contudo, nos tempos recentes, o tema ganha especial relevância, já que a Associação Nacional dos Defensores Públicos (Anadep) ajuizou a Ação

²⁰ RAPOSO, Vera Lúcia. *Op. cit.*, p. 63.

²¹ *Ibidem*, p. 63-64.

²² No Brasil, apenas em caso de anencefalia é que se pode requerer tal indenização, pois é a única possibilidade de aborto eugênico no nosso ordenamento jurídico, a partir do julgamento da ADPF 54/DF pelo STF.

²³ *Ibidem*, p. 64.

Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.581/DF, questionando pontos da Lei nº 13.301, de 2016, que dispõe sobre a adoção de medidas de vigilância em saúde quando verificada situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus *chikungunya* e do vírus da *zika*.

Um dos temas debatidos na ADI nº 5.581/DF é justamente a descriminalização do aborto quando a mulher estiver acometida pelo vírus da *zika*, situação que leva a criança a nascer com microcefalia. Em seu parecer, a Procuradoria Geral da República (PGR) opinou no sentido de que o risco para a saúde psíquica faz com que seja inconstitucional criminalizar o aborto feito por mulher infectada com *zika*.

No parecer, a PGR afirma que se deve conferir interpretação conforme a Constituição aos arts. 124, 126, 23, I, e 24 do Código Penal, para considerar que na interrupção da gestação em caso de infecção comprovada pelo vírus da *zika*, deve ser reconhecida a existência de causa de justificação genérica de estado de necessidade, cabendo às redes pública e privada realizar o procedimento, nessas situações²⁴.

Em linha similar, a 1ª Turma do STF entendeu, em recentíssimo julgado, embora de forma não vinculante, nem *erga omnes*, no julgamento do *Habeas Corpus* 124.306, que a interrupção da gravidez até o terceiro mês de gestação não pode ser equiparada ao aborto. No caso, duas pessoas foram presas acusadas de atuar em uma clínica de aborto. Apesar de não ter caráter vinculante, a decisão gerou precedente importante no sentido de descriminalizar a interrupção da gravidez antes de três meses de gestação.

Sendo assim, o que se vê é que o Brasil tem caminhado no sentido da descriminalização do aborto e, portanto, a discussão acerca das *wrong actions* tende a ganhar espaço na doutrina e jurisprudência brasileiras nos próximos anos.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.581/DF**. Parecer da Procuradoria-Geral da República, p. 40. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/janot-defende-direito-gestante-abortar.pdf> (acesso em 05 dez. 2016)

Assim, para se averiguar a responsabilidade do médico, se usa o Código de Ética Médica e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que trazem o dever de informação para as relações médico-paciente, no primeiro caso e para as relações de consumo em geral, no segundo caso.

O Código de Ética Médica, em seu art. 22, trouxe ser vedado ao médico “deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”.

Sendo assim, não pode, em hipótese alguma, o médico deixar de obter o consentimento esclarecido sobre o procedimento, mesmo que seja o de continuar uma gestação. Dessa maneira, o profissional da medicina deve informar à gestante sempre que averiguar que o feto é anencéfalo – podendo ser estendido em breve para o diagnóstico de *zika* vírus na gestante, ou, ainda, de qualquer anomalia do feto descoberta até o terceiro mês de gestação –, sob pena de poder responder uma *wrongful birth* e/ou uma *wrongful life action*.

Ademais, dentre os vários direitos positivados pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), encontra-se o direito básico à informação do consumidor, em seu art. 6º, III. Acerca da temática, explica Bruno Miragem, que tal direito encontra base no reconhecimento do *déficit* informacional entre consumidor e fornecedor, já que este possui todo o conhecimento sobre o processo de produção e fornecimento de serviços²⁵.

A partir daí, pergunta-se: pode o médico ser civilmente responsabilizado por não ter informado à mãe sobre uma condição do feto que lhe permitiria operar um aborto?

Para responder a essa pergunta, será necessário estudar o conceito de vida digna, para avaliar se existem situações em que uma vida não vale a pena ser vivida e quais são elas.

Também será necessário estudar o dano imaterial, especialmente o dano existencial, onde parecem estar incluídos o *wrongful birth* e a *wrongful life*.

²⁵ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 200.

Ademais, será desenvolvido estudo voltado especificamente às temáticas de *wrongful birth* e *wrongful life*: seu conceito, seu tratamento jurisprudencial e doutrinário no direito comparado, análise comparada com os conceitos de dano em responsabilidade civil e sugestão de resposta para a querela no ordenamento jurídico brasileiro, a princípio com base no Código de Proteção e Defesa do Consumidor e no Código de Ética Médica.

Passaremos, também, pela análise do chamado livre desenvolvimento da personalidade.

Nosso estudo adotará, como método de abordagem, o método dedutivo, vez que temos uma tensão entre o fato (nascimento com uma vida inviável) *versus* a lei que institui a responsabilidade civil, especialmente do profissional médico, para chegar à norma esperada, no sentido de que o médico pode ser civilmente responsabilizado por não informar à mãe sobre a existência de alguma deficiência no feto que gere um direito a um aborto não criminoso.

Como método de procedimento, será lançado mão do método comparativo, confrontando-se elementos como o direito fundamental à Vida, ao livre desenvolvimento da personalidade, à dignidade, dentre outros.

Por se tratar de um tema pouquíssimo estudado no Brasil, nos socorreremos, em grande parte, de bibliografia estrangeira, bem como da análise de legislação e jurisprudência alienígena. Contudo, em que pese a importância da recepção do direito estrangeiro²⁶, não temos uma proposta de direito comparado, vez que encontraremos a resposta para a vida ser ou não um dano indenizável em situações de *wrongful birth* e *wrongful life* dentro do ordenamento jurídico brasileiro, sendo que a doutrina estrangeira trabalhada servirá apenas de norte em algumas situações.

²⁶ Sobre isso, ver, por todos, ZWEITGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **An Introduction to Comparative Law**. Trad. Tony Weir. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.

Capítulo 1: A própria vida como dano? O que são as chamadas *wrong actions*?

“Eu vim para que todos tenham vida e a tenham em abundância.” (João, 10:10).

1.1 Prolegômenos

No presente capítulo, estudaremos as chamadas *wrong actions*, que almejam à responsabilização do médico pelos danos causados pelo nascimento de uma criança.

Sendo assim, há que se realizar, primeiramente, um estudo sobre o conceito de dano.

Posteriormente, analisaremos, brevemente, a chamada *wrongful conception*, para, em outro momento, desenvolver estudo sobre a *wrongful life* e o *wrongful birth*, objetos principais do presente estudo.

Por fim, serão estudadas a *wrongful abortion* e a *wrongful acts of the doctor*, que também são *wrong actions* trabalhadas na doutrina e jurisprudência alienígenas.

1.1.1 Do conceito de dano

Antes de se questionar se a própria vida pode ser considerada um dano, há que se fazer um estudo sobre este importante instituto de Responsabilidade Civil, vez que, inexistindo dano, não se pode almejar a uma reparação, vez que esta fica sem objeto. Ainda que um dever jurídico – categoria que será estudada no item 2.3 *infra* – tenha sido infringido com culpa, ou até mesmo dolo, não será devida qualquer indenização, posto que não houve prejuízo²⁷.

Aliás, com a erosão dos tradicionais filtros da responsabilidade civil (culpa e nexo de causalidade), o dano é quem vai exercer o papel de selecionar as pretensões que serão acolhidas pelo Judiciário. É dizer, no direito civil clássico, apenas excepcionalmente os danos eram reparados. O capitalismo

²⁷ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 142.

protegia a liberdade dos agentes econômicos por intermédio de um sistema jurídico cuja interferência na circulação de riquezas e exercício de atividades negociais fosse mínima, de forma que aquele que eventualmente fosse lesado por quem estivesse praticando tais atividades precisaria apresentar prova cabal de que o dano resultava de um ato ilícito culposo. A complexidade da produção de tal prova levou essa tarefa a ser conhecida como “*prova diabólica*”²⁸.

O CC/02 trouxe um sistema aberto por intermédio da cláusula geral de reparação de danos constante do art. 927²⁹, ou seja, um sistema incompleto, com capacidade de evolução e, portanto, com a característica de modificabilidade, impregnando o sistema de dinamicidade, com paulatino, porém contínuo, desenvolvimento, conforme lição de Canaris³⁰.

O dano é fato jurídico *stricto sensu*, ou seja, fato jurídico independente de ato humano como dado essencial³¹. O evento danoso ser ligado a um ato humano, intencional ou não, lícito ou ilícito, não altera a natureza do dano, que será mero fato jurídico, ainda quando provocado por ato humano.

Há que se separar, contudo, a noção física e a jurídica de dano.

Na concepção naturalista, considerava-se o dano que um bem determinado sofreu. Se a noção do dano fosse um conceito simplesmente naturalista, seriam as leis da física que dariam as regras próprias para a fixação dos limites do dano indenizável. Essa concepção meramente física do dano se amoldava aos valores individualistas dos Oitocentos, em que a reparação era exclusivamente destinada aos danos patrimoniais, certos e tangíveis. Era a era da certeza, na qual a segurança jurídica representava o imobilismo³².

De toda forma, principalmente a partir da segunda metade do século XX, em que ocorre, claramente, uma “virada kantiana” no Direito Privado, inserindo a dignidade humana como valor mais importante, em vez da proteção do patrimônio – o que será melhor trabalhado no item 2.1.1 *infra* –, o paradigma

²⁸ Sobre isso, ver, por todos, SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 9-80 (capítulos 1 e 2).

²⁹ “*Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*”.

³⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. Antônio Manuel da Rocha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, p. 104.

³¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 127.

³² BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**, v. 3. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 268.

solidarista muda o eixo da responsabilidade civil, anteriormente focado na culpabilidade do autor do dano, agora focado na reparação da vítima, passando a deferir a indenização de uma ampla categoria de danos, ainda que incertos ou extrapatrimoniais, vez que as soluções jurídicas também são formadas pela incerteza³³.

Para que se possa falar em justa indenização pelos danos sofridos, há que se comprovar dois elementos, um fático e um jurídico, quais sejam: o prejuízo e a lesão jurídica, ou seja, a vítima precisa demonstrar que o prejuízo é fato jurídico que viola interesse jurídico tutelado de sua titularidade³⁴.

O CC/02, ao estabelecer, em seu art. 186, que “*aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”, trouxe conceito demasiado vago e impreciso, a ser preenchido pela doutrina e jurisprudência, caso a caso, a partir da análise da juridicidade dos interesses em disputa, ou seja, uma cláusula geral³⁵.

Acertada a escolha do legislador, vez que, utilizando-se o sistema de *fattispecie* para a reparação civil de danos, desconsidera-se que a pessoa se realiza por meio de uma complexidade de situações, havendo-se que reconhecer o dever de não interferência de terceiros.

De fato, as situações humanas são demasiado complexas para o sistema de *fattispecie* na Responsabilidade Civil. Luhmann ensina que o homem tem, no mundo, uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação e ação atual e inconsciente, de forma que existe uma complexidade, que significa a seleção forçada de quais experiências ter e,

³³ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 72.

³⁴ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh. **Ressarcimento de danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 7.

³⁵ Cláudia Lima Marques identifica essa técnica como uma característica importante da pós-modernidade, onde o consenso será legitimado pelo diálogo entre as diversas fontes do Direito, que aparece como instrumento de comunicação e método de legitimação, investigando, na ética, filosofia, dentre outros elementos exteriores ao sistema jurídico, novos fundamentos para a argumentação jurídica. Ver MARQUES, Claudia Lima. Contratos de time-sharing e proteção do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, nº 22, p. 67-68.

também, uma contingência, correspondente ao perigo de desapontamento quando as expectativas humanas não são supridas pelo mundo à sua volta, com a necessidade de se assumir riscos³⁶.

O problema aumenta com o fato de que, neste mundo, já complexo e com infinitas possibilidades, há, além de tudo, outros homens, o que leva ao que Luhmann chama de “dupla contingência do mundo social”. Sai-se da contingência simples que existe apenas no campo da percepção que o homem tem do mundo e entra-se numa contingência dupla.

Reconhecer e absorver as perspectivas de um outro como minhas próprias só é possível se reconheço o outro como um outro eu. Essa é a garantia da propriedade da nossa experiência. Com isso, porém, tenho que conceder que o outro possui igualmente a liberdade de variar seu comportamento da mesma forma que eu. Também para ele o mundo é complexo e contingente. Ele pode errar, enganar-se, enganar-me. Sua intenção pode significar minha decepção. O preço da absorção de perspectivas [sic] estranhas é, formulado em termos extremados, sua inconfiabilidade³⁷.

Assim, para que se possa ter certo controle sobre essa complexidade de interações sociais, não basta que eu possa ter experiências com o mundo, mas que possa ter expectativas sobre as ações do outro e, mais que isso, expectativas sobre as próprias expectativas que o outro tem sobre as minhas próprias ações. A situação se torna ainda mais complexa quando nos lembramos que a maioria das relações humanas não se dá somente entre duas pessoas, mas entre grupos sociais inteiros, que podem ter infinitos membros:

É necessário considerar ainda que existem um terceiro, um quarto, e outros planos da reflexividade, ou seja, expectativas sobre expectativas de expectativas... E isso tudo com relação a uma multiplicidade de temas, frente a uma multiplicidade de pessoas, e com uma relevância constantemente em alteração conforme cada situação³⁸.

Nesse diapasão, insta recordar lição de Pietro Perlingieri, no sentido de que, no novo sistema de fontes, mudam-se radicalmente a configuração e a tutela das situações subjetivas, vez que o direito subjetivo, que sempre foi figura

³⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Baye. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1993, p. 45-46.

³⁷ *Ibidem*, p. 47.

³⁸ *Ibidem*, p. 49.

controvertida desde sempre, perde centralidade, afluindo-se a exigência de diversificar os interesses, dando formas e técnicas de tutela das pessoas por novos instrumentos, individualizados segundo o tipo de interesse a ser tutelado e a ponderação de valores a ser realizada³⁹.

A partir daí, pode-se conceituar o dano como lesão a interesse legitimamente merecedor de tutela⁴⁰. Assim, temos uma verdadeira cláusula geral de dano, permitindo ao magistrado, caso a caso, verificar se o interesse violado é ou não digno de proteção jurídica.

De toda forma, há que se advertir que, para que a interpretação da cláusula geral do dano seja legítima, deverá ser feita de maneira racional, objetiva e controlável⁴¹.

Para evitar decisionismos, há que se realizar a ponderação de bens e de interesses, conforme lição de Anderson Schreiber, em um processo de quatro etapas.

Na primeira etapa, realiza-se o exame abstrato de merecimento de tutela do interesse lesado. Não há necessidade, naturalmente, de que o interesse lesado esteja expressamente declarado em alguma regra, podendo ser extraído da dignidade humana ou outra cláusula geral⁴².

Na segunda etapa, há o exame abstrato de merecimento de tutela do interesse lesivo. Aqui, verifica-se a antijuridicidade da conduta do lesante, vez que o réu poderá, em ação de reparação ou compensação, alegar a legitimidade de sua conduta, com fulcro em regra, cláusula geral ou princípio⁴³.

Na terceira etapa, verifica-se a existência de regra legal de prevalência entre os interesses conflitantes, caso tanto o interesse consubstanciado na conduta lesiva quanto o interesse lesado sejam

³⁹ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 678.

⁴⁰ SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 189.

⁴¹ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 271. Afirmam os autores que “nada se coaduna menos com a ideia do Estado de Direito do que a figura de um oráculo despótico ou iluminado, que esteja acima dos critérios de interpretação”.

⁴² SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 164-165.

⁴³ *Ibidem*, p. 165-166.

abstratamente tutelados. Schreiber exemplifica com a veiculação da imagem de uma pessoa, captada em uma filmagem, que se mostra necessária à administração da justiça, não podendo o titular da imagem alegar ter sofrido dano indenizável, já que o próprio CC/02 estabelece, em seu art. 20, que, se necessária à administração da justiça, a utilização da imagem de uma pessoa não poderá ser proibida⁴⁴.

Por fim, na quarta etapa, verifica-se a inexistência de regra legal de prevalência entre os interesses conflitantes, situação em que caberá ao Judiciário ponderar os interesses em conflito e definir a relação de prevalência entre eles, com fulcro em uma leitura das circunstâncias concretas por meio das lentes do ordenamento jurídico, analisando, de forma comparativa, o grau de realização do interesse lesivo e o de afetação do interesse lesado, extraíndo-se, da norma, uma regra de prevalência válida para as circunstâncias do caso, definindo se, naquelas condições concretas, o interesse lesivo justifica o ônus imposto ao interesse lesado⁴⁵.

Em síntese, há que se fazer, primeiramente, a seguinte pergunta: “o interesse lesado é tutelado por norma jurídica?”. Em caso de resposta negativa, não há dano indenizável.

Em caso de resposta positiva, pergunta-se: “a conduta lesiva é vedada por norma jurídica?”. Em caso de resposta positiva, existe a prevalência legal (abstrata) do interesse lesado, cabendo uma nova pergunta, qual seja: “há lesão concreta?”. Se a resposta for positiva, há dano indenizável. Se negativa, não há.

Se a conduta lesiva não for vedada por norma jurídica, há que se indagar se há regra legal de prevalência entre os interesses tutelados. Se a resposta for positiva, volta-se à segunda pergunta do parágrafo anterior, vez que existe a prevalência legal *in abstracto* do interesse lesado. Havendo lesão, há dano indenizável. Não havendo, não há dano indenizável.

⁴⁴ Ibidem, p. 166-168.

⁴⁵ Ibidem, p. 168-169.

Em contrapartida, se não houver regra legal de prevalência entre os interesses tutelados, será realizada a ponderação judicial, que responderá à seguinte pergunta: “o grau de realização do interesse lesivo justifica o grau de afetação concreta do interesse lesado?”. Se não justificar, há dano indenizável. Se justificar, não há⁴⁶.

Importante ter em mente que o dano injusto não está vinculado a um ato ilícito, vez que, conforme lição de Orlando Gomes, a mais importante mudança da responsabilidade civil consiste no “giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto”⁴⁷. É dizer, a obrigação de reparar o dano injusto não é efeito jurídico vinculado a um comportamento ilícito e culposo, podendo recair, também, sobre ato lícito, seja pela violação de uma norma ou pelo risco de uma atividade. É dizer, mesmo que o ato jurídico consista no exercício de direito próprio, ele poderá causar dano injusto a terceiro.

A expressão “dano injusto” vem do direito italiano, sendo que o art. 2043 do CCI afirma que qualquer fato doloso ou culposos que causar a alguém um dano injusto obriga aquele que cometeu o fato a ressarcir o dano⁴⁸. Importante notar que o legislador italiano qualificou o dano como fato jurídico e, mais que isso, trouxe a palavra “injusto” (“*ingiusto*”) para qualificar o dano que ofende interesse tutelável, desvinculando o conceito de injustiça do conceito de antijuridicidade⁴⁹.

Francesco Galgano conceitua o dano injusto como uma lesão a interesse alheio, merecedor de proteção conforme o ordenamento jurídico, trazendo, como exemplo, a situação em que uma pessoa que constrói edifício no próprio terreno lesa interesse de seus vizinhos a usufruir de uma visão panorâmica, porém, não lhe causa dano injusto, vez que não é um interesse juridicamente tutelável, ao passo que a pessoa que constrói em violação ao

⁴⁶ Toda essa sequência de perguntas está esquematizada em SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 169.

⁴⁷ GOMES, Orlando. Tendências modernas na Teoria da Responsabilidade Civil. In: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco. **Estudos em Homenagem ao Professor Silvio Rodrigues**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 295.

⁴⁸ “*Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*”. ITALIA. **Codice civile**. Disponível em: <https://www.studiocataldi.it/codicecivile/codice-civile.pdf> (acesso em 26/12/2018).

⁴⁹ BIANCA, Massimo. **Diritto civile, V: La responsabilità**. Milano: Giuffrè, 2011, p. 537.

plano diretor, em local onde não se pode construir, tornando-se o interesse do vizinho digno de receber a tutela do ordenamento jurídico⁵⁰.

Importante salientar que a norma constante do art. 927 do CC/02, a exemplo do art. 1382 do *Code* francês, não qualificou o dano como injusto⁵¹. Não obstante, considerando o princípio da proporcionalidade, não será suficiente a alegação de mero lucro cessante ou diminuição no patrimônio para a caracterização do dano. Este deverá ser injusto, relevante no confronto entre ofensor e ofendido⁵².

Feito esse introito sobre o conceito de dano, passa-se ao estudo das *wrong actions*, onde a vida aparece como uma espécie de dano.

1.2 Da *Wrongful conception*

Wrongful conception ou *wrongful pregnancy* é uma ação ajuizada pelos pais de uma criança devido à prática negligente de um procedimento de esterilização ou aborto e o subsequente nascimento de uma criança. A maioria dos casos de *wrongful conception* envolvem o nascimento não planejado de uma criança saudável⁵³.

À giza de exemplo, há o *case Burke vs. Rivo*, citado por Christopher Jerram⁵⁴. Em dezembro de 1983, Carole Burke encontrou seu médico, Dr. Elliot Rivo, para discutir sua situação familiar. A sra. Burke e seu marido haviam decidido que era necessário Carole voltar a trabalhar para aumentar a renda da família. Para tornar seu desejo possível, eles discutiram com seu médico sobre esterilização.

⁵⁰ GALGANO, Francesco. **Diritto Privato**. Padova: CEDAM, 2006, p. 366.

⁵¹ O art. 927 do CC/02 afirma que “*Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*”, ao passo que o art. 1382 do *Code*, hoje art. 1240 (após modificação legislativa em 2016), preconiza que “*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*”.

⁵² BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 278.

⁵³ SMITH-GROF, Melissa. Wrongful conception: when na unplanned child has a birth defect., who should pay the cost. **Missouri Law Review**, vol. 61, issue I, 1996, article 10, p. 137.

⁵⁴ JERRAM, Christopher. Child rearing expenses as a compensable damage in a wrongful conception case: *Burke vs. Rivo*. **Creighton Law Review**, vol. 24, 1991, p. 1645.

Rivo recomendou um tipo de procedimento de esterilização conhecido como ligação das tubas e garantiu que o procedimento seria bem-sucedido. Em fevereiro de 1984, o Dr. Rivo fez a ligação das tubas de Carole Burke.

Em 25 de junho de 1985, um teste de laboratório confirmou que a sra. Burke estava grávida e, aproximadamente oito meses depois, ela deu à luz uma criança saudável. Um exame revelou que uma das tubas uterinas de Carole Burke havia sido recanalizada depois do procedimento de ligação, permitindo que ela ficasse grávida.

Os Burkes, então, ajuizaram ação na Corte Superior de Middlesex, Massachussets. No julgamento, o sr. e a sra. Burke sustentaram que o Dr. Rivo não havia alertado a eles sobre o risco de recanalização. Carole Burke destacou que, se tivesse sido alertada sobre qualquer risco de gravidez, teria escolhido outro método de esterilização.

Outro caso interessante é o *McFarlane vs Tayside Health Board*, julgado pela Câmara dos Lordes da Inglaterra:

Em *McFarlane vs. Tayside Health Board*, a Câmara dos Lordes (Lord Slynn of Hadley, Lord Steyn, Lord Hope of Craighead, Lord Clyde, Lord Millett – 25 de novembro de 1999), numa hipótese de *unwanted child*⁵⁵, decidiu [...] que uma mãe, podendo reclamar danos gerais para compensar a dor, o sofrimento, os inconvenientes da gravidez e as despesas associadas a um parto indesejado, já não poderia ressarcir-se dos custos ligados à criação e sustento de um filho não pretendido⁵⁶.

No Brasil, há o famoso caso das “pílulas de farinha”, em que o STJ negou determinou que o laboratório de medicamentos *Schering* pagasse indenização no valor de 1 milhão de reais por danos morais causados pelo anticoncepcional *Microvlar*.

O anticoncepcional foi vendido sem seu princípio ativo, de forma que várias consumidoras ficaram grávidas mesmo tomando o contraceptivo. O caso aconteceu em 1998, resultado da fabricação de pílulas para o teste de uma

⁵⁵ “Criança indesejada”.

⁵⁶ GONZÁLEZ, José Alberto. *Op. cit.*, p. 19-20.

máquina embaladora do laboratório - mas que acabaram chegando ao mercado para consumo⁵⁷.

1.3 Do *Wrongful birth* e da *wrongful life*

As ações de *wrongful birth* e de *wrongful life* se assemelham porque, durante o tratamento pré-natal, o médico reconhece a evidência de possibilidade de o feto nascer com deficiências congênitas. Contudo, ele não informa aos pais sobre a deficiência, e a criança nasce com a deformidade⁵⁸.

Os dois tipos de ação se diferenciam pela pessoa que figura no polo ativo e pela causa de pedir. Na *wrongful birth action*, o autor é a mãe ou o pai, que, em próprio nome, alega que perdeu o direito ao consentimento esclarecido sobre a manutenção da gravidez de um filho deficiente. Os lesados são os próprios pais e o direito infringido é o de ter filhos são e saudáveis, ou não tê-los⁵⁹.

Interessante caso de *wrongful birth* ocorreu na Grécia, onde os pais ajuizaram uma ação contra o médico por não tê-los informado sobre uma leve assimetria nos braços de seu filho. Alegaram que, se tivessem sido informados, teriam interrompido a gravidez⁶⁰.

No caso, a Corte de Apelações de Atenas entendeu que houve nascimento da vítima e a manutenção de sua vida com tal defeito, para o qual poderia ser realizada cirurgia reparadora – e foi –, sendo que tal vida tem mais valor e excede o resultado que poderia advir de uma interrupção – ainda que legal – da gravidez⁶¹, negando, pois, a indenização por *wrongful birth*.

Sobre a *wrongful life action*, veja-se os seguintes casos:

⁵⁷ ESTADO DE SÃO PAULO. **STJ obriga Schering a pagar indenização por 'pilulas de farinha'**. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,stj-obriga-schering-a-pagar-indenizacao-por-pilulas-de-farinha,144954> (acesso em 02/12/2018).

⁵⁸ GONZÁLEZ, José Alberto. **Wrongful birth wrongful life**. O conceito de dano em responsabilidade civil. Lisboa: Quid Juris, 2015, p. 9-10.

⁵⁹ Ibidem, 10-11.

⁶⁰ EVGENIA, Smyrnaki. *Op. cit.*, p. 100.

⁶¹ Idem, na nota de rodapé.

Em 1993, um garoto sul-africano chamado Brian Stewart nasceu com uma deficiência grave. Ele sofria de “spina bífida”, uma deficiência congênita na coluna vertebral que afeta um nervo. Ele sofre, também, de um defeito cerebral.

Em 1994, uma garota holandesa chamada Kely Molenaar também nasceu com deficiência grave. Quando tinha dois anos e meio de idade, foi diagnosticada com retardo mental, autismo, crescimento retardado, incapacidade de andar ou falar, doença de coração, audição ruim e visão debilitada. Ela era incapaz, naquela época, de reconhecer os próprios pais. Ela tinha sido atendida no hospital em nove situações devido a choro contínuo, que, acreditava-se, era causado pela dor. Em vários outros países se pode encontrar histórias similares⁶².

Tanto Brian quanto Kelly não deviam ter nascido já que suas mães teriam escolhido realizar um aborto se soubessem dos defeitos congênitos com os quais seus filhos iriam sofrer.

Assim, tem-se que, na *wrongful life action*, o autor é o filho, geralmente representado pelos pais, sustentando que a negligência médica foi *conditio sine qua non* para que os progenitores não tenham interrompido a gravidez. Assim, o dano é o de ter de existir com uma deficiência que não o assolaria se a gestação tivesse sido interrompida: é o dano de viver ou vida como dano, resultante da violação do que se convém chamar de direito de não nascer⁶³.

Na Bélgica, o Tribunal de Primeira Instância, em 7 de junho de 2002, aceitou uma ação de *wrongful birth* e *wrongful life*⁶⁴. Uma mulher tinha dado a luz a uma criança severamente deficiente, cuja doença não havia sido diagnosticada, apesar de dez exames feitos em diferentes estágios da gravidez, que poderiam tê-la diagnosticado. Os pais processaram o médico em nome próprio e, também, representando a criança. O tribunal entendeu que, devido ao fato de que os pais teriam optado por abortar o feto durante o período em que

⁶² GIESEN, Ivo (2012). The Use and Influence of Comparative Law in ‘Wrongful Life’ Cases. *Utrecht Law Review*. 8(2), pp.35–54. DOI: <http://doi.org/10.18352/ulr.194> (acesso em 08 de maio de 2017), p. 35.

⁶³ GONZÁLEZ, José Alberto. *Op. cit.*, p. 11.

⁶⁴ *Idem*.

isso seria legalmente possível, o fato de a criança não ter tido o “benefício” de um aborto devido à quebra do dever de informação, constituiria dano.

Em *Curlender versus Bio-science Laboratories*, uma criança-vítima portadora da Síndrome de Tay-Sachs requereu a compensação baseada nas despesas que teria durante mais de 70 anos – a expectativa de vida se a criança não tivesse a doença.

O tribunal rejeitou o pedido, mas garantiu que a criança poderia reaver os custos advindos de seu tratamento em uma ação separada, desde que seus pais já não o fizessem⁶⁵.

Os dois principais argumentos contrários à *wrongful life action* são trazidos por Feinberg e Parfit, no sentido de que não se pode sofrer dano por ter sido concebido, por ter nascido ou por ter sido trazido à vida, primeiramente, por causa da definição ou do sujeito do dano e, segundo, da falta de lógica ou falta de coerência na matéria⁶⁶.

O professor Paul Mūtuanyingĩ Mūrĩithi⁶⁷, da Universidade de Manchester, rebate esses dois argumentos, começando pelo primeiro. Ora, ações de *wrongful life* costumam se embasar na negligência. Assim, o autor deve demonstrar quatro condições: primeiramente, que o réu tinha um dever de cuidado com relação ao autor (*duty of care*); segundo, que esse dever foi quebrado; terceiro, que um dano ocorreu; quarto, a quebra do dever foi a causa próxima do dano⁶⁸.

Na maioria das vezes, a principal dúvida está na terceira condição: demonstrar o dano. Argumenta-se que não se pode alegar que houve dano por ter sido concebido ou levado à existência, pois sofrer dano é ser colocado em uma situação pior por outrem.

⁶⁵ CALIFORNIA. Court of Appeals of California. **Curlender v. Bio-science Laboratories**, Civ. No. 58192. Court of Appeals of California, Second Appellate District, Division One. June 11, 1980. Disponível em: <http://www.lawlink.com/research/CaseLevel3/56757> (acesso em 21/02/2018).

⁶⁶ MŪRĪITHI, Paul Mūtuanyingĩ. Does the rejection of wrongful life claims rely on a conceptual error? **Journal of Medical Ethics** 2011;37, p. 433.

⁶⁷ Mūrĩithi o embasa em KIDNER, R. **Casebook on Torts**. 9. ed. Oxford: Clarendon Press, 1984, p. 351-379.

⁶⁸ Idem.

Ao conceber uma criança apesar de conhecer o risco de deformidade genética, pode-se dizer que A e/ou C (os pais) não causam dano a B (a criança), ainda que B venha a ter uma existência que torna impossível de se vivenciar uma vida que valha a pena ser vivida. Ora, se sofrer dano é ser colocado em uma situação pior, a criação de uma condição inicial não é piorar uma condição anterior. Portanto, não seria um ato causador de dano⁶⁹.

Não obstante, assumir que o padrão para se determinar o dano deve ser fixado com base no estado em que a vítima estava antes do evento, pode-se dizer que o padrão pode ser qualquer situação melhor do que aquela em que a vítima se viu depois do evento⁷⁰.

É dizer, se, para a pessoa, era melhor não ter nascido, existe um dano, pois o “*nada*” seria melhor do que uma vida que não vale a pena ser vivida.

Tem-se sustentado que as ações de *wrongful life* são ilógicas ou incoerentes. Parfit alega que o sujeito não pode sofrer dano por ter sido concebido ou por ter nascido, pois a outra opção seria nunca ter existido⁷¹.

B. Steinbock traça esse argumento sob os auspícios de que seria impossível que uma pessoa esteja melhor não tendo nascido.

Ora, se a pessoa nunca tivesse nascido, ela nunca teria existido. Considerando que sofrer dano é ser colocado numa situação pior, temos que nenhum sujeito sofre dano por vir a existir, pois não é colocado numa situação pior, já que isso sugere que nós podemos comparar a pessoa antes de existir com a pessoa depois que existiu, o que seria absurdo.

Portanto, seria logicamente impossível que alguém sofra dano por existir e ações de *wrongful life* seriam tanto ilógicas quanto injustas, pois requerem que o réu compense alguém que não sofreu dano⁷².

Contudo, apesar de qualquer explicação sobre a temática do dano envolver alguma comparação, a abordagem baseada apenas em comparação

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ Ibidem, p. 434.

⁷¹ PARFIT, Derek. **Reasons and Persons**. Oxford: Clarendon Press, 1984, p. 351-352.

⁷² STEINBOCK, B. The logical case for “Wrongful Life”. **Hastings Cent Rep**, 1986, p. 16.

depende de uma definição muito particular de dano, segundo a qual, para se descrever dano, deve-se comparar a condição em que o sujeito existe agora àquela na qual ele poderia existir se não fosse pelo evento danoso.

Isso significa que o dano ocorre quando algum evento em particular altera o curso natural da vida para uma situação pior.

Devido a esse evento, a situação atual da pessoa é pior do que a condição em que ela poderia estar se não fosse pelo acontecimento. O nome dessa definição é *Otherwise Condition*, ou apenas OC⁷³.

Alguns tribunais e outros apoiadores dessa abordagem entendem que a única maneira possível em que se poderia identificar o evento danoso é “causar o nascimento da criança”, requerendo a comparação entre uma vida deficiente e a não existência para se procurar o dano. O problema está em negar que esse sujeito poderia existir sem sua doença ou deficiência. Não podemos nos restringir tanto ao selecionar o evento danoso.

Ora, se uma mulher concebe uma criança enquanto está infectada com rubéola e identificamos o evento danoso como o ato de conceber a criança nesse dia e não mais tarde, quando estará saudável, então a “*otherwise condition*”, ou “outra condição” dessa criança é a não existência.

Assim, a criança só sofre dano se sua vida for pior do que não existir. Alternativamente, pode-se supor que, na verdade, o evento danoso é a falha do médico em sugerir, um ano antes, uma vacina para rubéola, ou, ainda, a recusa da mãe em aceitar ser imunizada. Assim, se fossem outras as condições, a mulher poderia ter concebido a criança sem estar com rubéola e a outra condição da criança seria, na verdade, viver normalmente e com saúde⁷⁴.

Assim, em vez de pensar em como *teria* sido o caso na outra condição, deve-se pensar em como *deveria ter* sido o caso: uma pessoa sofre dano em determinado momento, levando sua situação a ser pior do que deveria ter sido.

⁷³ MŪRĪTHI, Paul Mūtuanyingĩ. *Op. cit.*, p. 435.

⁷⁴ *Idem.*

Smyrnaki Evgenia traz ainda algumas polêmicas importantes envolvendo a *wrongful life*.

Se os tribunais aceitassem que a criança tem um direito a ser garantido por uma *wrongful life action*, o profissional médico teria um fardo a mais, e os médicos exerceriam uma “medicina defensiva”, sob pressão subconsciente para aconselhar abortos em caso de dúvidas, pois teriam medo de responder a ação indenizatória⁷⁵.

Isso abriria os portões para *wrong actions* contra pais que fumam, bebem e não se cuidam durante a gravidez e que escolhem ter a criança apesar do fato de que ela poderá nascer com deficiências⁷⁶.

De toda forma, há jurisdições onde há provimento lei expressa no sentido de retirar tal responsabilidade dos pais.

É o caso, por exemplo, do Código Civil da Califórnia, em sua seção 43.6: “(a) Não se pode responsabilizar o pai de uma criança por meio de uma alegação de que a criança não devia ter sido concebida ou, tendo sido concebida, não deveria ter sido permitido que ela nascesse com vida. (b) A falha ou a recusa de um pai ou mãe em prevenir o nascimento com vida de seu filho ou filha não será usada como defesa em nenhuma ação contra um terceiro, nem será a falha ou recusa considerada para se condenar ao pagamento de danos em nenhuma ação similar. (c) Nessa seção, “conceber” significa fertilizar um óvulo humano por meio de um espermatozoide humano”⁷⁷.

1.4 Outros tipos: *wrongful abortion* e *wrongful acts of the doctor*

⁷⁵ EVGENIA, Smyrnaki. *Op. cit.*, p. 109.

⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷ CALIFORNIA. **California Civil Code**. Disponível em: <http://law.onecle.com/california/civil/43.6.html>. No original: “(a) No cause of action arises against a parent of a child based upon the claim that the child should not have been conceived or, if conceived, should not have been allowed to have been born alive. (b) The failure or refusal of a parent to prevent the live birth of his or her child shall not be a defense in any action against a third party, nor shall the failure or refusal be considered in awarding damages in any such action. (c) As used in this section “conceived” means the fertilization of a human ovum by a human sperm”.

Outras espécies de *wrong actions* que, embora não sejam objeto do presente estudo, são dignas de nota são a *wrongful abortion action* e a *wrongful acts of the doctor action*.

Wrongful acts of the doctor pode ser traduzido como “atos errados do médico”, no caso, tendo o feto como vítima. É o que ocorre quando um médico acidentalmente causa um dano no feto (por exemplo, quebra um osso). A diferença dessa ação para as de *wrongful birth / life* é que, nestas, o médico não causa o problema durante a gravidez; ele apenas deixa de diagnosticar os problemas de saúde genéticos da criança. Os defeitos genéticos não resultam de atos do profissional da medicina⁷⁸.

Na Índia, em 1992⁷⁹, uma mulher mãe de três filhas e novamente grávida, pediu aos médicos que fizessem um exame para descobrir o sexo do feto. Os pais queriam um menino. Foi erroneamente dito a eles que estavam esperando uma menina e, portanto, eles optaram pela interrupção da gravidez. O médico que realizou o aborto informou a eles que, na realidade, o feto era um menino, não uma menina. O casal, então, ajuizou ação contra os médicos, pedindo uma compensação. O tribunal aceitou seu pedido e os médicos foram obrigados a pagar⁸⁰.

Este é um caso de *wrongful abortion*, onde a mulher grávida decide realizar um aborto devido a conduta culposa por negligência médica⁸¹. No caso *Martinez versus Long Island Jewish Hillside Medical Center*, uma mulher, contrariando suas crenças religiosas, se submeteu a um aborto devido a um erro de diagnóstico segundo o qual seu filho nasceria doente. Somente depois do aborto é que ela descobriu que houvera tal erro e que a criança não teria nenhum problema de saúde⁸².

⁷⁸ EVGENIA, Smyrnaki. Wrongful life and birth. **Medicine and law**, March, 2012 volume 31 issue 1, p. 101.

⁷⁹ Em 1996, o governo da Índia criminalizou a conduta de informar aos pais o sexo da criança antes do nascimento. Sobre isso, ver SHARMA, B. R.; GUPTA, N.; RELHAN, N. Misuse of prenatal diagnostic technology for sex-selected abortions and its consequences in India. **Journal of the Royal Institute of Public Health**, v. 121, 2007, p. 855.

⁸⁰ Ibidem, p. 102.

⁸¹ ADAR, Yehuda; PERRY, Ronen. Wrongful abortion: a wrong in search of a remedy. **Yale Journal of Health Policy, Law and Ethics**. V. 5, 2005. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=876407 (acesso em 21/02/2018)

⁸² Ibidem.

Nos casos de *wrongful abortion*, o aborto é bem-sucedido, embora indesejado, realizado apenas devido ao erro médico de diagnóstico. Quando o aborto é mal-sucedido, embora desejado, entra-se numa situação de *wrongful conception*⁸³.

Esses são os casos mais discutidos de *wrong actions*. Passaremos, agora, a um estudo mais aprofundado para atender ao nosso *leitmotiv*.

⁸³ EVGENIA, Smyrnaki. *Op. cit.*, p. 103.

Capítulo 2: Direito de não nascer?

*Mama, ooh,
I don't wanna die,
I sometimes wish I'd never been born
at all.
(Queen – Bohemian Rhapsody)*

2.1 Direito à existência digna e proteção aos direitos da personalidade

Hoje, temos a dignidade humana como fim último do ordenamento jurídico, razão pela qual o direito privado gira em torno de tal princípio. Sendo assim, nesse ponto do nosso estudo, trataremos da proteção a esse princípio e, posteriormente, escreveremos breves linhas sobre o livre

2.1.1 A “virada kantiana” do Direito Privado e a proteção à dignidade humana

No final do século XX, alguns filósofos, denominados *neokantianos*, começaram a descrever uma evidente relação entre ética e direito e a busca por valores. Segundo Torres⁸⁴, em meados da década de 1970, O. Höffe cunha a expressão “virada kantiana” para designar o movimento, o que marca uma reaproximação entre direito e moral.

Interessante mencionar que, nesse contexto de aproximação entre Direito e moral é que se destaca a objetividade dos valores, em especial nos princípios de justiça, revelando, conforme exposição de Robert Nozick, a importância da argumentação jurídica⁸⁵.

Nesse diapasão, consideramos que a “virada kantiana” é expressão do que se encontra acima de qualquer preço, a exemplo da pessoa humana, e, portanto, compreende uma dignidade, de forma que a própria finalidade do Direito justifica esse ideal⁸⁶.

⁸⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **A jurisprudência dos valores**. In: SARMENTO, Daniel (org.). Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris, 2009. p. 503-525.

⁸⁵ NOZICK, Robert. **Invariances. The Structure of the Objective World**. Apud. TORRES, Ricardo Lobo. **A jurisprudência dos valores**. In: SARMENTO, Daniel (org.). Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris, 2009. p.511.

⁸⁶ Meireles, citando Kant, afirma que as pessoas não têm preço, e sim dignidade, de modo que “No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser

Em uma primeira análise, deve-se considerar que essa “virada kantiana” no Direito nada mais é do que o redirecionamento da pessoa humana para o epicentro do sistema jurídico.

Com efeito, neste momento da pesquisa, será feita uma abordagem pelo modo com que esse fenômeno se deu no ordenamento brasileiro, inicialmente, de uma maneira geral por toda a jurisdição pátria, para, em seguida, descrever a transformação no direito privado e, assim, compreender a especial proteção dada à pessoa humana no nosso direito privado.

De uma maneira geral, Barroso afirma que um dos marcos filosóficos de transformação jurídica brasileira ocorreu a partir da aproximação entre Filosofia e Direito, causada pelo desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais e edificada sob a égide da dignidade humana. O autor defende, assim, que o marco teórico e histórico que justifica essa “virada kantiana” no ordenamento pátrio é a promulgação da CF/88⁸⁷.

Importante destacar que a CF/88 fez um giro epistemológico ao eleger a dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil, o que se depreende de seu art. 1º, III, que institui a cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, posicionando a pessoa no centro do nosso Direito⁸⁸. Sobre isso, Piero Perlingieri afirma que “o princípio da tutela da pessoa, como supremo princípio constitucional, funda a legitimidade do ordenamento e a soberania do Estado”⁸⁹.

Assim, frente ao contexto de uma ordem constitucional que foi tão protetiva aos direitos fundamentais, como é a nossa, o Direito Privado passa a sofrer fortes influências não só da Lei Maior, como, também, das próprias mutações da sociedade, que passa a exigir leis privadas mais condizentes com

substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.” KANT, Immanuel. *Apud* MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.301.

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 214.

⁸⁸ TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento Civil-Constitucional brasileiro**. In TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 54.

⁸⁹ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 460-461.

os anseios democráticos, sociais e humanistas que o constituinte originário instituiu.

É dizer, das mudanças sociais que culminaram com a nova CRFB, em um contexto de “virada kantiana”, também saiu a influência para mutações no direito privado enquanto “direito dos particulares como portadores de sua própria singularidade”.⁹⁰

Sobre isso, vale colacionar a lição de Gustavo Tepedino, no sentido de que

A pessoa humana, portanto – e não mais o sujeito de direito neutro, anônimo e titular de patrimônio –, qualificada na concreta relação jurídica em que se insere, de acordo com o valor social de sua atividade, e protegida pelo ordenamento segundo o grau de vulnerabilidade que apresenta, torna-se a categoria central do direito privado⁹¹.

Frente a esse contexto, o Direito privado também enquadra a pessoa humana como fonte primária de todo o seu ordenamento, praticando, pois, uma verdadeira “virada kantiana”.

Com relação a essa importância da pessoa humana para o Direito Privado, Perlingieri afirma que

o primado dos valores da pessoa humana e dos seus direitos fundamentais exclui que a área do direito privado possa ser exaurida em uma concepção patrimonialista, fundada ora sobre a centralidade da propriedade, ora sobre a noção de empresa. O direito civil constitucional – segundo a tendência do constitucionalismo contemporâneo – reconhece que a forte ideia do sistema é não somente o mercado, mas também a dignidade da pessoa, de uma perspectiva que tende a despatrimonializar o direito⁹².

Note-se que nem todas as pessoas possuem situações patrimoniais a serem protegidas (crédito, propriedade, posse, dentre outras), mas há situações existenciais comuns a qualquer pessoa humana que vão exigir tutela:

⁹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”**. In: MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 131.

⁹¹ TEPEDINO, Gustavo. **Do sujeito de direito à pessoa humana**. In TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil, Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 342

⁹² PERLINGIERI, Pietro. **O a doutrina do direito civil na legalidade constitucional**. In TEPEDINO, Gustavo (Org.) Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso nacional de Direito Civil. Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, p. 5.

vida, saúde, honra, nome, etc⁹³. Tal fato dá indícios de que, sob essa ótica, o vértice do direito privado só pode estar contido no *ser* em supremacia ao *ter*, isto é, na realização dos legítimos interesses existenciais das pessoas⁹⁴.

Nesse contexto, sob a égide da “virada kantiana” no direito privado, para além do fundamento humanista, destaca-se a função social de seus institutos, de modo que, nas situações existenciais, fica evidente que não há linha divisória entre interesse individual e interesse coletivo ou social, vez que afeitas à tutela da pessoa humana, não havendo, no nosso Direito, maior fim social que este. Em outras palavras, pelas lentes da solidariedade, a tutela da pessoa humana sempre terá análise prioritária, com vistas, no caso do presente trabalho, a reparar o dano sofrido pelos pais e pelo filho que nasce com a deficiência congênita.

Nesse sentido é que, tratando da primazia da pessoa humana no Direito privado, Tepedino defende que “a pessoa humana é o centro do ordenamento, impondo-se assim tratamento diferenciado entre os interesses patrimoniais e os existenciais. Em outras palavras, as situações patrimoniais devem ser funcionalizadas às existenciais.”⁹⁵

Na mesma linha, dessa primazia da dignidade humana, situando a pessoa nas peculiaridades de sua subjetividade, afirma Martins-Costa que

se em primeiro plano está a pessoa humana valorada por si só, pelo exclusivo fato de ser pessoa – isto é, a pessoa em sua irredutível subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular e por isso mesmo titular de atributos e de interesses não mensuráveis economicamente -, passa o Direito a construir princípios e regras que visam a tutelar essa dimensão existencial, na qual, mais do que tudo, ressalta a dimensão ética das normas jurídicas. Então o direito civil reassume a sua direção etimológica e do direito dos indivíduos passa a ser considerado o direito dos civis, dos que portam em si os valores da civilidade⁹⁶.

⁹³ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *op. cit.*, p.XVIII.

⁹⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fins**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 75.

⁹⁵ TEPEDINO, Gustavo. **O Direito Civil-Constitucional e suas perspectivas atuais**. In TEPEDINO, Gustavo (Org.) *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso nacional de Direito Civil. Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 365.

⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 132.

Pelo exposto, a partir dos aspectos supramencionados, de tutela da pessoa dentro do ordenamento, em nível constitucional ou infraconstitucional, por leis gerais ou especiais, é notável a existência dessa “virada kantiana” no direito brasileiro, dando ainda maior relevância, no que diz respeito ao direito privado, à promoção das situações existenciais das pessoas humanas.

2.1.2 Dos direitos humanos aos direitos da personalidade

Pode-se, até com certa tranquilidade, dividir os direitos humanos em quatro dimensões, quais sejam: direitos de liberdade (primeira), direitos de igualdade ou direitos sociais (segunda), direitos de solidariedade ou difusos e coletivos (terceira) e direitos de biogenética (quarta)⁹⁷.

Em contrapartida, quando se fala em direitos fundamentais, há que se recordar que, a partir do término da Segunda Grande Guerra, os países que, outrora, se viram envolvidos na disputa bélica, criaram novas categorias de direitos humanos que iam além da liberdade e da igualdade, positivando-os constitucionalmente e criando os chamados direitos fundamentais. A partir daí, temos uma diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais consistente na forma de positivação: ao passo em que aqueles são positivados por meio de documentos de direito internacional, e.g. tratados internacionais, estes são reconhecidos internamente, por intermédio da norma constitucional⁹⁸.

Inclusive, cabe fazer menção à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que, desde 1789, já trazia, em seu art. 16, que só se pode dizer que uma determinada sociedade possui uma Constituição se esta garantir direitos fundamentais e estabelecer a separação dos poderes⁹⁹.

Gregorio Robles, para definir direitos fundamentais, afirma que

quando os direitos humanos, ou melhor, determinados direitos humanos, se positivam, adquirindo categoria de verdadeiros direitos processualmente protegidos, passam a ser direitos fundamentais em

⁹⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues. Direitos Humanos (e fundamentais) e Relações Jurídicas Privadas. In: MARTINS, Fernando Rodrigues. **Direito privado e policontextualidade**. Fontes, Fundamentos e Emancipação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 288.

⁹⁸ Idem.

⁹⁹ FRANCE. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789> (acesso em 19/12/2018). *Art. 16: Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.*

um determinado ordenamento jurídico. No entanto, isso só ocorre quando o ordenamento lhes confere um status especial que os torna distintos, mais importantes que os demais direitos. Do contrário, não seria possível distinguir os direitos fundamentais daqueles outros que são, por assim dizer, direitos ordinários. Normalmente é a Constituição que especifica os direitos fundamentais e prevê um tratamento especial para eles¹⁰⁰.

De toda forma, existe uma tendência na doutrina dos tempos atuais no sentido de compreender o axioma da dignidade humana como vetor dos direitos fundamentais. De fato, as transformações do pós-guerra reformularam as bases do Direito Constitucional, e.g., quando se eleva à categoria de fundamentais direitos que preponderam para o princípio da dignidade humana¹⁰¹.

A rigor, as consequências do princípio da dignidade humana são demonstradas nos cinco substantivos correspondentes aos bens jurídicos tutelados no art. 5º da CF/88, quais sejam, vida (pressuposto inicial da dignidade humana – sem vida, não se tem dignidade), segurança (consequência inicial), propriedade (segunda consequência), mais liberdade e igualdade (terceira consequência), sendo que a vida é absoluta e suas consequências, “quase absolutas”¹⁰² e, por força da CF/88, tanto o pressuposto quanto suas consequências possuem eficácia imediata.

Feito esse esboço introdutório, poder-se-ia acreditar que os direitos fundamentais básicos atuam apenas em face do poder de autoridade do Estado. Contudo, a partir da supracitada “virada kantiana”, a dignidade humana se torna epicentro do direito privado, de forma que, de maneira infraconstitucional, os direitos fundamentais se revelam nos chamados direitos da personalidade.

Sobre a relação entre direitos humanos e direitos da personalidade, Gustavo Tepedino afirma que

quando examinamos os direitos de personalidade, sem dúvida nos encontramos diante dos mesmos direitos, porém sob o ângulo do direito privado, ou seja, relações entre particulares, devendo-se, pois, defendê-los frente aos atentados perpetrados por outras pessoas¹⁰³.

¹⁰⁰ ROBLES, Gregorio, *apud* MARTINS, Fernando Rodrigues. *Direitos Humanos...*, p. 288.

¹⁰¹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 360.

¹⁰² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 20.

¹⁰³ **Temas de direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 33.

De fato, os direitos da personalidade surgem a partir da doutrina alemã e francesa após o fim da Segunda Guerra Mundial¹⁰⁴.

O Direito Romano não havia tratado da personalidade humana da mesma forma que se trata nos dias de hoje, contemplando tão-somente a *actio injuriarum*, que era a ação contra a injúria, que, posteriormente, teve seu campo de aplicação aumentado, para abranger qualquer atentado contra a pessoa¹⁰⁵.

Na Grécia, existia a *dike kakegoric*, ação que punia quem violava interesse de ordem física ou moral, mas sem maior proteção à personalidade. O Direito começa a olhar para a personalidade humana com o advento do Cristianismo, que pregava a fraternidade universal. Alguns aspectos da personalidade humana, como a liberdade, foram tratados na Magna Charta inglesa de 1215 e, conforme dito alhures, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, veio trazer certa valorização da personalidade humana e a proteção de direitos individuais, mas foi só após a virada kantiana do Pós-Guerra que se foi sentir a necessidade de proteção à personalidade humana¹⁰⁶.

No Brasil, admitiu-se os direitos da personalidade depois de escorços doutrinários, bem como normas esparsas, ou a consagração de alguns desses direitos no bojo da CF/88, a saber, no art. 5º, incisos V, X e XLI. Antes mesmo da CF/88, o Projeto de Código Civil elaborado por Orlando Gomes na década de 1960 cuidava amplamente da matéria, emprestando-lhe 16 artigos¹⁰⁷, de maneira mais profunda até mesmo do que acabou sendo consagrado no CC/02.

Assim, conceitua-se direitos da personalidade como aqueles

de conteúdo não patrimonial, mas com reflexo pecuniário, que possibilitam o desfrute das faculdades do corpo e do espírito, essenciais ao bem-estar, e que encerram, por isso, categoria autônoma, a ponto de não serem absolutamente disponíveis e de merecerem, sem intervenção humana, como nenhum direito merece, o

¹⁰⁴ CARVALHO NETO, Inácio de; FUGIE, Érika Harumi. **Novo Código Civil Comparado e Comentado**, v. 1. Curitiba: Juruá, 2002, p. 38.

¹⁰⁵ SZANIAWSKI, Elimar. **Os direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: RT, 1993, p. 185-186.

¹⁰⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Parte Geral do Código Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 146.

¹⁰⁷ GOMES, Orlando. **Código Civil: Projeto Orlando Gomes**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

predicado da inexpropriabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade¹⁰⁸.

A posição majoritária é no sentido de que os direitos da personalidade decorrem da própria condição humana, decorrendo do direito natural¹⁰⁹, usando-se, como exemplo, o julgamento de Nuremberg, que condenou atrocidades cometidas pelos nacional-socialistas sob a alegação de estarem apenas cumprindo a lei¹¹⁰.

Em contrapartida, há corrente positivista, capitaneada, na Europa, por Pietro Perlingieri e, no Brasil, por Gustavo Tepedino¹¹¹ que vê os direitos da personalidade como advindos do próprio ordenamento jurídico, que seria a responsável por reconhecer os direitos da personalidade e viabilizar seu exercício.

De fato, acaba sendo

difícil aos jusnaturalistas explicar a aplicação de direitos da personalidade [...] de forma inata em situações ainda hoje existentes, nas quais queda inerte a tutela humana, como nos países muçulmanos com suas penas corporais, nos países africanos com suas cirurgias de mutilação dos órgãos sexuais femininos e nos países que admitem a pena de morte. Se decorrem do direito natural (se são inatos), onde estariam escondidos os direitos da personalidade em tais situações? Tudo isso sem questionar os países que admitem a escravidão¹¹².

Nessa entoad, insta colacionar trecho do magistério de Edson Ferreira da Silva, no sentido de que

os direitos da personalidade não são impostos por ordem sobrenatural, ou natural, aos sistemas jurídicos; são efeitos de fatos jurídicos, que se produziram nos sistemas jurídicos, quando a certo grau de evolução a pressão política fez os sistemas jurídicos darem entrada a suportes fáticos que antes ficavam de fora, na dimensão moral ou na dimensão religiosa¹¹³.

¹⁰⁸ JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada**: conflitos entre Direitos da Personalidade. São Paulo: RT, 2000, p. 94.

¹⁰⁹ Ver, por todos, BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 7-8.

¹¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**, v. 1. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 179.

¹¹¹ Cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**, v. 1. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 179.

¹¹² Ibidem, p. 180.

¹¹³ SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 14.

De toda forma, havemos que nos socorrer da lição de Rabindranath Capelo de Sousa, no sentido de que

de todo o modo, assiste-se aqui à falência das perspectivas de normativismo puro, que, sob o pretexto de salvaguardar a autonomia da ciência jurídica, acabam por isolar os dados jurídicos da realidade humana e social e por perspectivar o sujeito de direitos como uma mera 'unidade personificada de um complexo de normas jurídicas', não fornecendo respostas ou explicações adequadas para situações emergentes das necessidades de tutela geral da personalidade humana, em que esta nos surge não como um simples pressuposto da norma mas como um valor directamente relevante para o ordenamento jurídico, pois, como argumenta expressivamente BIANCA, 'de facto é o homem *como tal* que surge juridicamente tutelado e que dá significado a todos os preceitos jurídicos que têm como destinatária a pessoa humana'. Isto, sem que se oscile pendularmente para um jusnaturalismo estreito, que, tendo embora em mente a salvaguarda de certos 'direitos naturais inalienáveis', postula ingenuamente a inteira dependência das normas jurídicas face às faculdades humanas, desvanecendo a existência de zonas do ser e do comportamento humano só indirectamente juridicizadas e escamoteando o reenquadramento que o sistema jurídico, em função dos seus objectivos próprios, exerce sobre os dados da própria natureza humana, tudo o que, acrescido de excessiva ideologização, contribuiu, aliás, em certa medida, para retirar operacionalidade prática a imperativos jurídicos tão necessários e instantes como os da tutela geral da personalidade humana, apesar de insistentemente reclamados pelos adeptos do jusnaturalismo¹¹⁴.

Em linha similar, Francesco Galgano defende que os direitos da personalidade são direitos criados a partir do direito objetivo, por meio de um processo de subjetivação, mas, ainda assim, são direitos subjetivos que se dizem encontrados a partir do direito objetivo: são os direitos do homem que se consideram existentes independentemente da norma jurídica que os reconheça e que o direito objetivo se limita a garantir. Diferentemente de todos os outros direitos subjetivos, cuja existência depende da mutável avaliação do Estado e do ordenamento – mutável no tempo e no espaço, segundo os diversos sistemas políticos e sociais – os direitos do homem, também chamados direitos da pessoa humana ou direitos da personalidade, se consideram como direitos que dizem respeito ao homem enquanto tal, independentemente do tipo de sistema político ou social no qual ele vive e como direitos que cada Estado tem o dever de reconhecer e garantir¹¹⁵.

¹¹⁴ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 109.

¹¹⁵ GALGANO, Francesco. **Diritto Civile e commerciale, volume primo**: le categorie generali, le persone, la proprietà. 2. ed. Pádua: CEDAM, 1993, p. 147.

Como mais importantes características dos direitos da personalidade, temos a intransmissibilidade e sua inalienabilidade, bem como sua relativa indisponibilidade.

Relativa porque, eventualmente, se admite a cessão de seu exercício em algumas situações e dentro de alguns limites, se não sacrificar a própria dignidade. É o que se conclui da inteligência do art. 11 do CC/02: “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis”. Aliás, o Enunciado 4 das Jornadas de Direito Civil do CJF preconiza que “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente, nem geral”.

Exemplo interessante é a cessão de direitos autorais, ou, ainda, a doação de órgãos humanos duplos ou regeneráveis.

Há que se afirmar, também, que os direitos da personalidade são absolutos, imprescritíveis, extrapatrimoniais e vitalícios. Absolutos “por serem oponíveis *erga omnes*, por conterem, em si, um dever geral de abstenção”¹¹⁶. Imprescritíveis porque não se extinguem “nem pelo uso, nem pela inércia na pretensão de defendê-los”¹¹⁷. Extrapatrimoniais “por serem insuscetíveis de aferição econômica, tanto que, se impossível for a reparação *in natura* ou a reposição do *statu quo ante*, a indenização pela sua lesão será pelo equivalente”¹¹⁸. Vitalícios porque “terminam, em regra, com o óbito do seu titular por serem indispensáveis enquanto viver, mas tal aniquilamento não é completo, uma vez que certos direitos sobrevivem. Deveras ao morto é devido respeito; sua imagem, sua honra e seu direito moral de autor são resguardados”¹¹⁹.

Considerando a necessidade de proteção da personalidade, cabe ao Judiciário, mediante provocação, atuar, por meio da tutela inibitória (preventiva) ou compensatória (reparatória).

¹¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 1. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 120.

¹¹⁷ Idem.

¹¹⁸ Idem.

¹¹⁹ Ibidem, p. 121.

Por meio do sistema de tutela preventiva, o juiz poderá, no caso concreto, adotar qualquer providência para a proteção integral do bem jurídico, conforme art. 12 do CC/02 (*“Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”*), por exemplo, impondo multa para que o agente se abstenha da atividade tendente a violar direitos da personalidade.

Sustentando a possibilidade de tutela preventiva, Luiz Guilherme Marinoni leciona que o ato ilícito prescinde de dano para ter sua ilicitude configurada, de forma que não há porque negar uma tutela que considere apenas o ilícito, mas não o dano¹²⁰.

De fato, o parágrafo único do art. 497 do CPC/15 é claro ao afirmar que *“Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo”*.

Tal parágrafo vem da legislação processual anteriormente vigente, posto que o art. 461, §3º, do CPC/73 preconizava que

na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Arenhart, inclusive, leciona que, por meio da tutela inibitória, se *“elencas técnicas de coerção capazes de atuar na vontade do requerido, para impor-lhe a abstenção pretendida”*¹²¹.

No caso do dano já ter acontecido, entra a tutela reparatória, por intermédio da Responsabilidade Civil, que será melhor tratada no item 3.3 *infra*.

Inclusive, a cada violação de direito da personalidade, caberá reparação de dano autônoma. Exemplificativamente, a Súmula 387 do STJ admite a licitude da cumulação das indenizações de dano estético e dano moral em casos de violação da honra e integridade física.

¹²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 37.

¹²¹ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: RT, 2000, p. 11.

2.1.3 Livre desenvolvimento da personalidade

A grande polêmica no que tange aos direitos da personalidade reside na necessidade de normatizar direitos das pessoas em favor da concretude da dignidade humana, tutelando-a de maneira melhor, sempre que tal necessidade se fizer presente. Assim, não se há que discutir se o rol desses direitos seria *numerus clausus* ou *numerus apertus*, vez que, a partir do princípio constitucional da dignidade humana, se está frente a uma cláusula geral de tutela da pessoa humana¹²².

A partir daí, temos a regra geral segundo a qual, em qualquer relação privada onde aconteça conflitos entre situações existenciais e situações patrimoniais, aquela prevalecerá, em obediência aos princípios constitucionais que estabelecem a dignidade humana como valor base do sistema.

Destaca-se que não existe um número pré-determinado de situações jurídicas subjetivas tuteladas pelo ordenamento, vez que o que se encontra protegido é a personalidade humana, sem qualquer tipo de limitação, salvo em interesse de outras pessoas, que também são dotadas de dignidade. É por meio desse caráter exemplificativo, ou *numerus apertus*, do rol de direitos da personalidade que temos, também, proteções atípicas, embasadas no livre desenvolvimento da personalidade¹²³.

Assim, Maria Celina Bodin de Moraes afirma que

a tutela da pessoa humana não pode ser fracionada em isoladas hipóteses, microssistemas, em autônomas *fattispecie* não intercomunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como um problema unitário, dado o seu fundamento, representado pela unidade do *valor* da pessoa. Esse fundamento não pode ser dividido em tantos interesses, em tantos bens, como é feito nas teorias atomísticas. A personalidade é, portanto, não um “direito”, mas um *valor*, o valor fundamental do ordenamento, que está na base de uma série (aberta) de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela¹²⁴.

E continua:

¹²² MORAES, Maria Celina Bodin de. *op. cit.*, p. 117-118.

¹²³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**: uma introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.156.

¹²⁴ *Op. cit.*, p. 121.

por isso, não pode existir um número fechado (*numerus clausus*) de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa, sem limites, salvo aqueles postos no seu interesse e no interesse de outras pessoas humanas. Nenhuma previsão especial pode ser exaustiva, porque deixaria de fora, necessariamente, novas manifestações e exigências da pessoa, que, com o progredir da sociedade, passam a exigir uma consideração positiva¹²⁵.

Quando falamos em “personalidade”, nos referimos ao

conjunto de caracteres próprios da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens¹²⁶.

Rabindranath Capelo de Sousa trata da personalidade a partir do art. 70 do CC/66, de Portugal, que preconiza que “*A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral*”.

Segundo o autor,

quando esta disposição abrange na personalidade humana a personalidade ‘física’ e a personalidade ‘moral’ está, à velha maneira grega e kantiana, a distinguir a Física (*Physis*) da Ética (*Ethos*) e a tutelar quer o homem considerado como sujeito às suas determinantes físicas (*homo phenomenon*) quer o homem representado como uma personalidade independente dessas determinantes porque dotado de liberdade (*homo noumenon*). Ou seja, é inequívoco que o art. 70º do Código Civil protege quer os bens ligados à realidade física de cada homem, como *v.g.* a sua vida e a sua integridade física, quer os bens resultantes da sua específica racionalidade, que lhe atribui a categoria de centro autónomo, livre, paritário e capaz de concepção e assunção de finalidades de acção, como *v.g.* a sua existência moral, a sua liberdade e a sua honra¹²⁷.

E continua:

a personalidade humana tutelada não reveste um carácter estático, mas dinâmico, protegendo-se por isso mesmo também o direito ao *desenvolvimento* da própria personalidade (com a sua inerente adaptabilidade ambiental e sócio-económica) e sufragando-se a ideia de que tanto a essência como a existência do homem, enquanto determinantes da sua personalidade, merecem idêntica proteção legal¹²⁸.

¹²⁵ Idem.

¹²⁶ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 119.

¹²⁷ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 115-116.

¹²⁸ Ibidem, p. 117.

E conclui:

poderemos definir positivamente o bem da personalidade humana juscivilisticamente tutelado como o real e o potencial físico e espiritual de cada homem em concreto, ou seja, o conjunto autónomo, unificado, dinâmico e evolutivo dos bens integrantes da sua materialidade física e do seu espírito reflexivo, sócio-ambientalmente integrados¹²⁹.

De qualquer maneira, não se pode se limitar a tratar da personalidade pelo viés jurídico, mas, também, pelo bio-psicológico e pelo ético-filosófico.

No campo bio-psicológico, importante tratar do entendimento de Freud, que estrutura a personalidade em três grandes sistemas, a saber: o *id*, que consiste no sistema original, que diz respeito a tudo o que herdamos psicologicamente, até mesmo os instintos; o *ego*, que controla e direciona a ação, selecionando aspectos do meio ambiente com os quais vai reagir e, portanto, decidindo os instintos que serão satisfeitos e como satisfazê-los; e o *super ego*, que representa os axiomas da sociedade, sendo reforçado por um sistema de castigos e recompensas sociais, habilitando a pessoa a agir de acordo com os padrões morais que a sociedade autoriza¹³⁰.

Gordon Allport, por seu turno, trata da personalidade como organização dinâmica de sistemas psicofísicos que determinam o comportamento característico da pessoa, bem como seus pensamentos¹³¹.

Lawrence Pervin afirma que a personalidade é constituída das propriedades estruturais e dinâmicas de uma pessoa ou um grupo de pessoas, refletindo eles mesmos em respostas características a cada situação possível¹³².

Segundo Alberto Merani, a personalidade, em um primeiro momento,

é simples construção biológica, de acordo com as condições biofóricas do ambiente imediato, laço de união natural com os outros indivíduos e coisas exteriores ao ser vivo, que estrutura as suas condutas psicobiológicas e procura evitar um nível de entropia que anule as suas funções de adaptação; é também, deste modo, reação à natureza que

¹²⁹ Idem.

¹³⁰ FREUD, Sigmund. O ego e o id. In: FREUD, Sigmund. **Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud**. Trad. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1969, p. 32 e ss.

¹³¹ ALLPORT, Gordon Willard. **Structure et développement de la personnalité**. Neuchâtel: Delachaux, 1970, p. 34.

¹³² PERVIN, Lawrence A. **Theory, Assesment and Researche**. Nova Iorque: Willey, s. d., p. 2.

a princípio se apresenta ao ser como modeladora absoluta, e com o qual mantém uma relação puramente animal¹³³.

Em um segundo momento,

a personalidade pode ser realmente algo diverso do reflexo da *práxis* existente, capaz já de se emancipar das forças do mundo¹³⁴, para chegar à última fase, na qual “como síntese das instâncias biológicas e sociais conjugadas dialecticamente, [a personalidade] se apresenta como um nível evolutivo novo, em cujo plano já é capaz de emancipar-se das constrações quantitativas da matéria ou das suas interacções¹³⁵.”

Dessa maneira, no conteúdo bio-psicológico da personalidade humana, temos um carácter unitário, dinâmico, ilimitável e individualizado da personalidade e sua adaptação ao mundo.

Em nível ético-filosófico, é possível trabalhar com Kant, que afirma o carácter indivisível e uno da personalidade humana, fundindo o *homo noumenon* e o *homo phoenomenon*¹³⁶. Esse pensamento casa com o de Heinrich Hubmann, que traz a ideia de humanidade enquanto repositório das características em comum que todos os homens possuem, as quais lhe conferem dignidade, mas, em vez de prejudicar, incorpora na noção de individualidade, a qual permite a distinção entre os homens, atribuindo-lhes originalidade. Contudo, em que pese ser individualizado, o ser humano é um ser gregário, assumindo, a partir da relação com os demais homens, consigo mesmo e com o mundo externo, o mundo de valores a que ele optou por aderir um relevo especial, que estrutura, molda e traz significado à sua personalidade¹³⁷.

Assim, quando se fala em livre desenvolvimento da personalidade, temos a ideia da expressão da dinâmica evolutiva da individualidade da pessoa até o fim da vida, engendrando sua própria existência. A garantia do livre desenvolvimento da personalidade é o que possibilita à pessoa modelar seu ser e, em última análise, dialoga com o próprio conceito de vida, conforme exposto por Ortega y Gasset¹³⁸ e melhor trabalhado no item 2.2 *infra*.

¹³³ MERANI, Alberto. **Estrutura e dialética da personalidade**. Trad. Seabra Dinis e Azevedo Mota. Lisboa: Seara Nova, 1976, p. 226.

¹³⁴ Idem.

¹³⁵ Idem.

¹³⁶ KANT, Immanuel. **Principios metafísicos del derecho**. Trad. G. Lizarraga. Madri: Suarez, 1873, p. 57 e ss.

¹³⁷ HUBMANN, Heinrich. **Das Persönlichkeitsrecht**, *apud* CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *Op. cit.*, p. 112.

¹³⁸ OTERO, Paulo. **Direito constitucional português**, v. 1. Coimbra: Almedina, 2010, p. 42.

O livre desenvolvimento da personalidade

denota, em uma aproximação inicial, a possibilidade da pessoa realizar as escolhas referentes à construção do seu próprio projeto de vida, levando em consideração a sua percepção de vida boa. É a pessoa quem decide, livremente, sobre a configuração do (s) seu (s) modo (s) de ser (personalidade)¹³⁹.

Poder-se-ia identificar o surgimento desse direito na *pursuit of happiness* dos estadunidenses, que surge desde a Declaração de Independência dos EUA: “todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade”¹⁴⁰.

Patrick J. Charles afirma que o princípio da felicidade eleva o governo a um patamar acima da função de simplesmente proteger uma pessoa contra invasões das demais. Quando o Estado reconhece o direito à busca da felicidade, ele assume para si o compromisso de ajudar o administrado a alcançar seus desejos. Alcançando não só a maior felicidade do maior número de pessoas, mas, na medida do possível, a maior felicidade de todos, independentemente de sua condição¹⁴¹.

Não se trata de uma visão utilitarista de felicidade, cuja ideia central

é formulada de maneira simples e tem apelo intuitivo: o mais elevado objetivo da moral é maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor. De acordo com Bentham, a coisa certa a fazer é aquela que maximizará a utilidade. Como ‘utilidade’ ele define qualquer coisa que produza prazer ou felicidade e que evite a dor ou o sofrimento¹⁴².

O utilitarismo, de fato, possui uma vulnerabilidade muito forte, qual seja, sua incapacidade de respeitar os direitos individuais, vez que considera a

¹³⁹ MOREIRA, Rodrigo Pereira. **Direito ao livre desenvolvimento da personalidade**: caminhos para a proteção e promoção da pessoa humana. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, p. 81.

¹⁴⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América. Versão em português disponível em: http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/DECLARA%C3%87%C3%83O%20DE%20INDEPENDENCIA%20DOS%20EUA%20-04%20de%20julho%20de%201776%20-%20PORTUGU%C3%8AS.pdf (acesso em 21/12/2018)

¹⁴¹ CHARLES, Patrick J. Restoring “life, liberty, and pursuit of happiness” in our constitutional jurisprudence: na exercise in legal history. **William & Mary Bill of Rights Journal**. Vol. 20, n. 2, p. 472.

¹⁴² SANDEL, Michael J. **Justiça**. O que é fazer a coisa certa. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 21. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016, p. 48.

soma das satisfações e, portanto, acaba sendo cruel com a pessoa isolada, vez que a importância dos indivíduos, segundo a lógica utilitarista, só tem importância enquanto as preferências de cada um forem consideradas conjuntamente com as dos demais¹⁴³.

A ideia nos EUA era de garantir a felicidade máxima de todos, não a felicidade total da maioria.

Uma boa maneira de se buscar a felicidade é por meio da autonomia da pessoa, garantindo-lhe o desenvolvimento de suas potencialidades rumo ao que lhe traz prazer, fugindo do que, ao contrário, lhe causa desconforto, ou seja, a autonomia é necessidade para a autorrealização e bem-estar do sujeito, havendo, pois, um direito ao livre desenvolvimento da personalidade¹⁴⁴.

No plano normativo do Direito Comparado, em 1947, a constituição italiana reconhece, em seus artigos 2 e 3, o livre e pleno desenvolvimento da pessoa humana:

Art. 2 - A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, quer como ser individual quer nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade, e requer o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, económica e social.

Art. 3 - Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem discriminação de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais.

Cabe à República remover os obstáculos de ordem social e económica que, limitando de facto a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, económica e social do País¹⁴⁵.

Em 1948, por meios dos artigos 22, 26 e 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a ONU também traz o livre desenvolvimento da personalidade como direito humano:

Artigo 22:

¹⁴³ Ibidem, p. 51.

¹⁴⁴ MENEZES, Joyceane Bezerra de; MARTINS, Rogério. O direito à busca da felicidade: filosofia, biologia e cultura. **Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 18., n. 3, p. 484.

¹⁴⁵ ITALIA. Senato della Repubblica. **Costituzione Italiana**. Edizione in lingua portoghese. Disponível em: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf (acesso em 02/12/2018).

Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. [...]

Artigo 26:

1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do ser humano e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos. [...]

Artigo 29:

1. Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.

2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas¹⁴⁶.

Posteriormente, em 1949, a Lei Fundamental de Bonn reconhece o caráter de direito fundamental do livre desenvolvimento da personalidade, no art. 2, §1º: “Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral”¹⁴⁷.

Posteriormente, a Constituição Espanhola de 1978 também reconhece o livre desenvolvimento da personalidade, como princípio fundamental, em seu art. 10.1: “A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis

¹⁴⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html (acesso em 02/12/2018).

¹⁴⁷ DEUTSCHLAND. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Trad. Assis Mendonça. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf> (acesso em 21/12/2018).

que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamento da ordem política e da paz social”¹⁴⁸.

Outros países, como Paraguai, Venezuela, Equador, Portugal e México, também fizeram o reconhecimento constitucional do livre desenvolvimento da personalidade. Japão e Coreia do Sul até mesmo consagraram a expressão “busca da felicidade” em suas respectivas constituições¹⁴⁹ e, no Brasil, a PEC nº 19, de 2010, almejava a alterar o art. 6º da CF/88 para considerar os direitos ali previstos como direitos sociais essenciais à busca da felicidade¹⁵⁰, mas acabou sendo arquivada ao fim daquela legislatura.

De fato, na CF/88,

não existe previsão expressa a respeito do direito ao livre desenvolvimento. Isso não indica que este direito não faça parte do sistema jurídico brasileiro, mas apenas demanda uma argumentação jurídica no sentido de definir a sua estrutura função, limites e seu reconhecimento como direito fundamental atípico a partir do art. 5º, 2º da Constituição e do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁵¹.

No plano jurisprudencial, o marco histórico é o caso *Elfes*, julgado pelo BVerfG, em que o político Wilhelm Elfes ajuizou reclamação constitucional por ter tido a prorrogação da validade de seu passaporte negada com fulcro no fato de as limitações da lei de passaporte seriam legítimas.

Nesta decisão, temos a rejeição de uma concepção restrita do art. 2, §1º da Lei Fundamental concernente à proteção apenas de um mínimo de liberdade de ação sem a qual a pessoa não poderia se desenvolver intelectual e moralmente”¹⁵². Além disso, “somente nos casos em que direitos fundamentais específicos não possam ser aplicados é que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é chamado a agir”¹⁵³.

¹⁴⁸ ESPAÑA. **Constitución española.** Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf> (acesso em 21/12/2018).

¹⁴⁹ MOREIRA, Rodrigo Pereira. *Op. cit.*, p. 84-85.

¹⁵⁰ BRASIL. Senado Federal. **PEC nº 19, de 2010.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97622> (acesso em 21/12/2018)

¹⁵¹ MOREIRA, Rodrigo Pereira. *Op. cit.*, p. 85. Sobre a recepção de direitos fundamentais atípicos pela CF/88, ver, por todos, SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **Direitos fundamentais atípicos: uma análise da cláusula de abertura do §2º, do art. 5º, da CF/88.** Salvador: Juspodivm, 2017.

¹⁵² MOREIRA, Rodrigo Pereira. *Op. cit.*, p. 89.

¹⁵³ Idem.

Entendidos os direitos da personalidade, passa-se ao estudo do direito à vida.

2.2 Uma vida debilitada *versus* nenhuma vida

Antes de debater se uma vida debilitada seria melhor ou pior do que não ter vida alguma, há que se falar, ainda que *en passant* – visto que seria possível escrever milhares de páginas sobre a matéria sem se chegar a qualquer conclusão –, sobre o que vem a ser “vida”.

A existência humana é *conditio sine qua non* para todos os demais direitos e liberdades. Tais direitos têm os limites máximos de sua extensão na vida de cada um. Sendo assim, o direito à vida é a premissa maior de direitos fundamentais, até porque não faria sentido declarar outro direito se, antes, o direito de estar vivo para usufruí-lo não fosse garantido. Na lição de Francisco Fernandez Segado¹⁵⁴, o direito à vida é o mais fundamental de todos, o primeiro direito, o *prius* de todos os demais.

Nosso legislador constituinte proclamou o direito à vida como o primeiro dos cinco valores básicos inspiradores dos direitos fundamentais no rol do art. 5º da Constituição Federal (CF).

Ademais, os atentados dolosos contra a vida são perseguidos criminalmente, sendo instituído, para esses casos, o rito do júri no processo penal (art. 5º, XXXVIII, da CF).

No art. 225, §1º, a CF, impondo um meio ambiente ecologicamente equilibrado, afirma que cabe ao Poder Público “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”, enfatizando-se a importância do direito à vida e o dever do Estado de agir para preservá-la. Importante ressaltar aqui, que o Estado não quer garantir *qualquer* vida, mas, necessariamente, uma com qualidade.

¹⁵⁴ SEGADO, Francisco Fernandez. **El sistema constitucional español**. Madrid: Dykinson, 1997, p. 210.

Pela própria importância desse preceito, o Estado deve agir para preservar a vida em si mesma, com qualidade. Devido à capital importância desse direito e em reconhecimento de que deve ser protegido sobretudo nos casos de vulnerabilidade é que o art. 227 da CF dispõe que é “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida”.

Vários casos emblemáticos sobre o direito à vida chegaram ao STF, sendo que, aqui, trabalharemos com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510, que trata da lei de biossegurança e com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/DF, que trata do aborto em caso de anencefalia.

Na ADPF 54/DF, foi discutida a possibilidade de aborto em caso de anencefalia. Sabemos que há uma grave deficiência neurológica no feto anencéfalo, posto que lhe faltam as funções que dependem do córtex e dos hemisférios cerebrais. É dizer, não lhe faltam apenas os fenômenos da vida psíquica, mas, também, a sensibilidade, mobilidade e integração de quase todas, se não todas, as funções do organismo.

Um feto anencefálico está privado de todas as funções superiores do sistema nervoso central, responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Por isso, em seu voto na ADPF 54/DF, o Ministro Marco Aurélio afirma que

Um feto anencéfalo não tem cérebro, não tem potencialidade de vida”, de forma que “anencefalia é uma das anomalias mais frequentes, mais prevalentes no nosso meio. Ela é incompatível com a vida, não há atividade cortical, corresponde à morte cerebral. Ninguém tem nenhuma dúvida acerca disso¹⁵⁵.

De fato, o voto do Ministro Marco Aurélio é muito elucidativo. Vejamos:

De fato, em termos médicos, há dois processos que evidenciam o momento morte: o cerebral e o clínico. O primeiro é a parada total e irreversível das funções encefálicas, em consequência de causa conhecida, ainda que o tronco cerebral esteja temporariamente em atividade. O segundo é a parada irreversível das funções cardiorrespiratórias, com a finalização das atividades cardíaca e cerebral pela ausência de irrigação sanguínea, resultando em posterior necrose celular. Conforme a Resolução nº 1.480, de 8 de agosto de

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54/DF. Voto do Ministro Marco Aurélio.

1997, do Conselho Federal de Medicina, os exames complementares a serem observados para a constatação de morte encefálica deverão demonstrar, de modo inequívoco, a ausência de atividade elétrica cerebral ou metabólica cerebral ou, ainda, a inexistência de perfusão sanguínea cerebral¹⁵⁶.

E continua:

E mais: o coração e a respiração dos anencéfalos perduram por pouco tempo – 75% não alcançam o ambiente extrauterino. Dos 25% restantes, a maior parte tem cessados a respiração e o batimento cardíaco nas primeiras 24 horas e os demais nas primeiras semanas¹⁵⁷.

E conclui no sentido de que,

por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida¹⁵⁸.

Aqui, cabe ressaltar que “ser humano” não é o mesmo que pessoa humana. O embrião é um ser humano, ser vivo, mas não é, ainda, pessoa enquanto sujeito de direitos e deveres, o que caracteriza o estatuto constitucional da pessoa humana¹⁵⁹.

Assim, voltamos ao voto do Ministro Marco Aurélio:

Assim, ainda que se conceba a existência do direito à vida de fetos anencéfalos – repito, premissa da qual discordo –, deve-se admitir ser a tutela conferida a tal direito menos intensa do que aquela própria às pessoas e aos fetos em geral. Mostra-se um equívoco equiparar um feto natimorto cerebral, possuidor de anomalia irremediável e fatal, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, a um feto saudável. Simplesmente, aquele não se iguala a este. Se a proteção ao feto saudável é passível de ponderação com direitos da mulher, com maior razão o é eventual proteção dada ao feto anencéfalo¹⁶⁰.

Cabe, outrossim, analisar, no acórdão da ADI 3510, o voto do Ministro Carlos Ayres Britto, que afirma:

Falo 'pessoas físicas ou naturais, devo explicar, para abranger tão-somente aquelas que sobrevivem ao parto feminino e por isso mesmo contempladas com o atributo a que o art. 2º do Código Civil Brasileiro

¹⁵⁶ Ibidem.

¹⁵⁷ Ibidem.

¹⁵⁸ Ibidem.

¹⁵⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Vida Digna: Direito, Ética e Ciência. In: **O Direito à Vida Digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 22.

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54/DF. Voto do Ministro Marco Aurélio.

chama 'personalidade civil', *litteris*: 'A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro'. Donde a interpretação de que é preciso vida pós-parto para o ganho da personalidade perante o Direito (teoria natalista, portanto, em oposição às teorias da personalidade condicional e da concepcionista). Mas personalidade como predicado ou apanágio de quem é pessoa numa dimensão biográfica, mais que simplesmente biológica¹⁶¹.

Ora, quando a vida humana tem início? O que é vida humana? Essas perguntas contêm um enunciado que remete à regressão infinita: as células humanas no óvulo antes da fecundação, assim como em um óvulo fecundado em embrião, em um feto, em uma criança ou em um adulto. O ciclo interminável de geração da vida humana envolve células humanas e não humanas, a tal ponto que descrevemos o fenômeno biológico como reprodução, e não simplesmente como produção da vida humana.

Com relação a isso, Ayres Britto afirma:

Isso não impede que nosso ordenamento jurídico e moral possa reconhecer alguns estágios da Biologia humana como passíveis de maior proteção do que outros. É o caso, por exemplo, de um cadáver humano, protegido por nosso ordenamento. No entanto, não há como comparar as proteções jurídicas e éticas oferecidas a uma pessoa adulta com as de um cadáver. Portanto, considerar o marco da fecundação como suficiente para o reconhecimento do embrião como detentor de todas as proteções jurídicas e éticas disponíveis a alguém, após o nascimento, implica assumir que: primeiro, a fecundação expressaria não apenas um marco simbólico na reprodução humana, mas a resumiria eurísticamente; uma tese de cunho essencialmente metafísico. Segundo, haveria uma continuidade entre óvulo fecundado e futura pessoa, mas não entre óvulo não fecundado e outras formas de vida. Terceiro, na ausência de úteros artificiais, a potencialidade embrionária de vir a se desenvolver intra-útero pressuporia o dever de uma mulher à gestação, como forma de garantir a potencialidade da implantação. Quarto, a potencialidade embrionária intra-útero deveria ser garantida por um princípio constitucional do direito à vida¹⁶².

No mesmo julgamento, o Ministro Marco Aurélio também deu uma lição sobre o direito à vida, da qual nos socorremos no presente trabalho, no sentido de que

assentar que a Constituição protege a vida de forma geral, inclusive a uterina em qualquer fase, já é controvertido – a exemplo dos permitido aborto terapêutico ou do resultante de opção legal após estupro - , o que se dirá quando se trata de fecundação in vitro já sabidamente, sob o ângulo técnico e legal, incapaz de desaguar em nascimento. É que não há unidade biológica a pressupor, sempre, o desenvolvimento do

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Voto do Ministro Carlos Britto.

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Voto do Ministro Carlos Britto, citando Maria Helena Diniz.

embrião, do feto, no útero da futura mãe. A personalidade jurídica, a possibilidade de considerar-se o surgimento de direitos depende do nascimento com vida e, portanto, o desenlace próprio à gravidez, à deformidade que digo sublime: vir o fruto desta última, separado do ventre materno¹⁶³.

Conforme ensina Gisele Cittadino, no entendimento de Habermas, na sociedade moderna, as concepções individuais sobre vida digna, assim como valores, costumes e tradições de uma forma específica de vida são confrontados com uma nova exigência: a de apresentar razões que logrem sustentar sua validade social, não se justificando apenas por si próprios, como no passado¹⁶⁴. É dizer, cada sujeito possui sua própria ética que conduz sua vida e suas ações, mas ela está vinculada às influências do seu meio, interagindo com ele e construindo valores.

Assim, ao analisar o fenômeno linguístico e do uso da linguagem, Habermas almeja a alcançar um novo *standard* de racionalidade, que se apoia em uma concepção dialógica de razão e no caráter processual da verdade. A partir daí, declara esgotado e abandona o paradigma da subjetividade¹⁶⁵.

Com efeito, Habermas chama de ética discursiva aquilo que é formado ao se adotar papéis e regras sociais, transmitidos por meio de costumes, valores e tradições concretas, quando as ações são produzidas de forma racionalmente justificada, não considerando o mérito da questão¹⁶⁶.

Dessa maneira, os atores sociais, ao se reunirem e focarem nos pontos peculiares que almejam a abordar o discurso agindo de acordo com o processo argumentativo e inclusivo de valoração e respeito às diferenças se arguirão de princípios como o da justiça e da solidariedade. Nesse contexto é que Habermas considera que o agir com corresponsabilidade e consciência de

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Voto do Ministro Marco Aurélio.

¹⁶⁴ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, p. 90. Optamos, aqui, por trabalhar com a filosofia de Habermas, pois ele é o mais adequado para tratar do assunto na cultura romano-germânica.

¹⁶⁵ BOLZAN, Jose. **Habermas: razão e racionalização**. Ijuí: Unijuí, 2005, p. 92.

¹⁶⁶ MAZZARDO, Luciane de Freitas; SCHWINN, Simon Andrea. O agir comunicativo: a ética discursiva de Jürgen Habermas enquanto pressuposto da cidadania. In: **Anais do XII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/13155/2344> (acesso em 22 set. 2015).

que, em uma comunidade ideal e local, cada ator tem seu papel e tarefa a desempenhar¹⁶⁷.

O filósofo alemão criou a chamada teoria da competência comunicativa, que traz que o convencimento do outro a partir das convicções pessoais do sujeito deve partir: a) da igualdade de chance no emprego dos atos de fala por todos os participantes do discurso, incluído, aqui, o direito de interpretar, fazer asserções e requerer explicações e detalhes; b) a capacidade de expressar ideias, intenções e intuições de caráter pessoal¹⁶⁸.

Isso é muito importante no entendimento do conceito de Habermas que nos traz a ideia de vida digna: a possibilidade de participar da sociedade, a inclusão social, ou ainda,

a formação discursiva da vontade permite precisamente que, na interação comunicativa, e pela força do melhor argumento, os sujeitos possam modificar tanto as convicções normativas de suas formas de vida específicas, quanto as suas concepções individuais sobre a vida digna¹⁶⁹.

Ao afirmar o primado do entendimento entre os sujeitos envolvidos na argumentação, o filósofo desloca o eixo de produção de conhecimento da relação entre sujeito e objeto para uma produção entre sujeitos.

A partir daí, a linguagem se torna o meio a partir do qual os sujeitos se entendem acerca do objetivo, ou mesmo do social ou subjetivo, pois, para Habermas, é a linguagem que medeia nosso contato com o mundo. Aqui, aparece a teoria do agir comunicativo¹⁷⁰.

Essa teoria é compreendida como o processo circular no qual o ator é, simultaneamente, iniciador, dominando as situações por meio de ações

¹⁶⁷ COSTA, Marli M. M. da. O espaço local e a concretização da cidadania através da implementação de políticas públicas de proteção à infância. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL: Mônia Clarissa Hennig (Orgs.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012, p. 23.

¹⁶⁸ MAZZARDO, Luciane de Freitas; SCHWINN, Simon Andrea. *Op. Cit.*

¹⁶⁹ CITTADINO, Gisele. *Op. Cit.*, p. 95-96.

¹⁷⁰ CASAGRANDE, Cledes Antonio; CASAGRANDE, Euclides Fábio. A ética discursiva e o caráter procedimental do discurso prático em Habermas. **Conjectura**, v. 16, n.3, set./dez. 2011, p. 134.

imputáveis e produto das tradições nas quais está inserido, dos grupos aos quais pertence e dos processos de socialização nos quais se cria¹⁷¹.

Ações comunicativas são aquelas

interações nas quais as pessoas envolvidas se põem de acordo para coordenar seus planos de ação, o acordo alcançado em cada caso medindo-se pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade. No caso de processos de entendimento mútuo linguístico, os atores erguem com seus atos de fala, ao se entenderem uns com os outros sobre algo, pretensões de validade, mais precisamente, pretensões de verdade, pretensões de correção e pretensões de sinceridade¹⁷².

Enquanto ser social, o ser humano interage com os demais na construção do conjunto social por intermédio de uma ação fundada em sua consciência. Sua ação é, assim, realizada de maneira racional, integrando a sociedade e o direito, tendo a linguagem como ponto que coordena a ação, revelando, assim, sua dimensão interativa.

Segundo Reck, o agir comunicativo ajuda a resolver a querela da coordenação de planos de ação entre os atores sociais, garantindo sua vinculação. Nesse sentido, a linguagem não é mero meio de troca de informações, mas meio ensejador da criação de planos de ação. Ao agir dessa maneira, o homem se abre para o entendimento mútuo, partindo de pretensões de validade capazes de ser defendidas e resgatadas em termos de razões adequadas¹⁷³.

Por essa ótica, a máxima expressão da liberdade humana reside na autolegislação mediante a participação política, não na busca de preferências privadas. A cidadania é vista por intermédio do modelo da pertença a uma comunidade ético-cultural que se determina a si mesma. É dizer, as pessoas estão integradas na comunidade política como partes de um todo, de maneira a

¹⁷¹ HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989, p. 166.

¹⁷² Ibidem, p. 79.

¹⁷³ RECK, Janriê Rodrigues. **Aspectos teórico-constitutivos de uma gestão pública compartilhada: o uso da proposição Habermasiana da ação comunicativa na definição e execução compartilhada do interesse público**. 2006. 320f. Dissertação de mestrado. Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2006, p. 144.

necessitarem de tradições comuns e instituições políticas reconhecidas, com vistas à formação de sua identidade pessoal e social¹⁷⁴.

Jürgen Habermas retoma tais ideias ao distinguir os modelos de democracia, baseados no liberalismo e na concepção republicana de Estado.

No primeiro caso, o Estado deve atender os anseios da sociedade, sendo aparato da Administração e a sociedade é composta por relações particulares e sociais fundadas nas leis do mercado. Assim, o poder político é utilizado pelo Estado para impor interesses sociais, construindo a vontade do povo.

Por sua vez, na concepção republicana, a política é processo de “coletivização social”, mecanismo de reflexão sobre a ética do dia a dia, realizando a mediação em que “ao lado da instância hierárquica reguladora do poder soberano estatal e da instância reguladora descentralizada do mercado”, aparece uma nova forma de interação social, fundada na solidariedade.

Assim, pode-se alcançar o consenso que se busca pela via comunicativa. É a autodeterminação dos cidadãos frente ao Estado, independentemente da Administração Pública e das estruturas mercadológicas, onde se confere um importante juízo de valor para a opinião pública e a sociedade civil¹⁷⁵.

Nessa linha, ao falar da ética do discurso, o mesmo autor afirma que a formação de um discurso da vontade relaciona a autonomia dos sujeitos e sua condição de entes que partilham, intersubjetivamente, diferentes formas de vida. Dessa maneira, a igualdade de direitos entre as pessoas, bem como o respeito à dignidade estão apoiados em uma rede de relacionamentos interpessoais e relações recíprocas de reconhecimento¹⁷⁶.

¹⁷⁴ ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. **Habermas e a ética do discurso**. Disponível em: << http://www.pgfil.uerj.br/pdf/publicacoes/araujo/Habermas_etica_discurso.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2014.

¹⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milron Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 277-278.

¹⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. **Comentários à ética do discurso**. Trad. Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Piaget, 1991, p. 22.

Dessa maneira, frente à possibilidade trazida pela comunicação racional entre as pessoas, cidadãos pertencentes a um Estado, e, mais proximamente, a uma comunidade, onde, por mais individuais que sejam, quaisquer querelas poderão ser avaliadas através das lentes da coletividade, essa ética discursiva trazida por Habermas possibilita uma cidadania ativa, na medida em que há formação de consensos com vistas ao bem comum¹⁷⁷.

Em Durkheim¹⁷⁸, se nota a importância do sujeito – que Durkheim chama, ao nosso ver inadequadamente, de indivíduo, ser indivisível – em sua teoria da moral porque, muito embora a defina como sistema de regras que almejam ordenar a sociedade e garantir os laços de solidariedade, e muito embora seja social a fonte desta moral, é aos “indivíduos” que ela sempre vai se referir¹⁷⁹.

Durkheim entende a sociedade não é externa a nós, mas está, também, dentro de nós. Ela está viva nas consciências particulares, estando em nós e, também, fora de nós. A sociedade é, Durkheim, a melhor parte de nós mesmos. Assim, tudo o que é realmente humano vem da sociedade. Tudo o que é da consciência do “eu” vem, antes, de um “nós”¹⁸⁰.

Em Durkheim, a moral está presente no sujeito, sendo responsável por sua parte mais sublime. Assim, é ela que constitui o que é de fato humano, considerando a ideia durkheimiana de que o homem só existe porque vive em sociedade, já que a sociedade garante o acúmulo de conhecimento, a sofisticação e a multiplicidade dos sentimentos, além da permanência dos valores e ideias sobre o homem¹⁸¹.

¹⁷⁷ MAZZARDO, Luciane de Freitas; SCHWINN, Simon Andrea. *Op. Cit.*

¹⁷⁸ Optamos por trabalhar com a sociologia de Durkheim porque ela dialoga bem com a filosofia de Habermas, além de ser a mais adequada para tratar do tema, já que Luhmann é antihumanista e Giddens e Bauman são muito pessimistas.

¹⁷⁹WEISS, Raquel Andrade. Indivíduo, razão e moral: uma análise comparativa de Habermas e Durkheim. **Revista Plural**. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/plural/article/viewFile/75674/79226> (acesso em 23 set. 2015), p. 109.

¹⁸⁰ DURKHEIM, Émile. L'Enseignement de la Morale à l'École Primaire. **Revue Française de Sociologie**, XXXIII, 1992, p. 619. “*elle est tout entière en dehors de nous: elle est aussi en nous. Elle n'est vraiment réelle et vivante que dans les consciences particulières. Elle est en nous et elle est en dehors de nous. Elle est la meilleure partie de nous-mêmes. Tout ce qu'il y a en nous de vraiment humain nous vient de la société, tout ce qui constitue nos consciences d'hommes nous vient d'elle*”.

¹⁸¹ WEISS, Raquel Andrade. *Op. cit.*. p. 109-110.

Nas palavras do próprio Durkheim, “A primeira característica de todas as ações morais é que elas se assemelham a regras preestabelecidas porque o domínio da moral é o domínio do dever”. Na primeira definição formal que Durkheim apresentou sobre a moral, ele afirmou que “a moral é um sistema de regras de ação que predeterminam a conduta”¹⁸².

Para ele, a regra implica tanto a noção de regularidade como a de autoridade. Segundo o sociólogo, “por autoridade teremos de entender o ascendente que sobre nós exerce qualquer poder moral que nos seja reconhecidamente superior”¹⁸³.

O primeiro elemento da moralidade, o chamado *espírito de disciplina*, é constituído por regularidade e autoridade. A discussão insere a disciplina numa perspectiva filosófica clássica que valora muito positivamente o domínio de si próprio como condição de liberdade.

Se, para Durkheim, a disciplina é um elemento crucial para a moralidade, também uma disciplina moralmente boa não se sobreporia à crítica e à reflexão, deixando espaço para transformar a moral, à medida que se tornar necessário. As regras morais devem ser investidas de autoridade, sob pena de se tornarem ineficazes. Contudo, tal autoridade não deve subtraí-las à discussão. Não se deve transformá-las em “ídolos para os quais o homem não ouse, por assim dizer, erguer os olhos”¹⁸⁴.

Durkheim também traz, em sua sociologia, a ideia de *espírito de adesão ao grupo*.

Por meio da inserção no grupo é que a moral deixa de ser mero *dever*, passando a ser um *bem*, tendo em vista que a vida em sociedade é condição de felicidade. Assim, a ação moral pressupõe um agir conforme as regras sociais. De outro lado, para que, de fato, a adesão à sociedade seja moral, o indivíduo

¹⁸² DURKHEIM, Émile. Educação moral. In: **Educação, Sociologia e Moral**. Lisboa: Res, 2001, p. 97.

¹⁸³ Ibidem, p. 101.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 121.

deverá fazê-lo por meio da própria sociedade, não só como forma de se satisfazer¹⁸⁵.

Para solucionar tal paradoxo, Durkheim afirmou que, tomar parte na sociedade não significa negar os próprios interesses, pois o desenvolvimento da sociedade não significa a anulação da pessoa. Pelo contrário, só nos realizamos como seres humanos ao aderirmos à sociedade. Assim como a falta de disciplina, a ausência de adesão à sociedade seria, segundo o autor, causa de infelicidade¹⁸⁶.

Dessa maneira, a adesão ao grupo também possui justificativa racional, pois é algo que realiza a própria natureza humana, cujo fim último deveria ser o de propiciar a realização do próprio ser humano, ser social que é, enquanto tal¹⁸⁷.

Até aqui, tanto em Habermas como em Durkheim, vemos que não existe vida sem inserção na sociedade. Não existindo vida sem inserção na sociedade, não existe vida em situações em que tal inserção não pode ser realizada. Dessa forma, sabemos que, nas situações de anencefalia, a vida é totalmente inviável.

Nos dizeres de Adriano de Cupis,

cada um de nós tem direito à vida, à integridade física, etc., em vez de *sobre a vida, sobre a integridade física, etc.*; tal expressão, por outro lado, não contrasta com a estrutura dos direitos da personalidade, que têm por objeto a vida, a integridade física, etc. A força jurídica do sujeito apoia-se sobre os bens da vida, da integridade física, etc.; mas a conservação destes está em função do comportamento negativo da generalidade: dizer que se tem direito à vida equivale a dizer que se tem um direito *sobre a vida*¹⁸⁸.

O jurista italiano nos lembra, outrossim, que a vida é direito inato, pois diz respeito à pessoa, pelo simples fato de esta ter personalidade¹⁸⁹. Interessante a visão de De Cupis, que entende o direito à vida como direito

¹⁸⁵ WEISS, Raquel Andrade. *Op. cit.*, p. 111.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 111.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 112.

¹⁸⁸ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. Adriano Vera Jardim e António Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961, p. 63.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 64.

privado, pois respeita à pessoa como tal, considerada no círculo dos fins que tem como simples ser humano¹⁹⁰.

Posteriormente, o jurista trata da integridade física, que, a par do bem da vida, consiste no modo de ser físico da pessoa, perceptível mediante os sentidos.

A integridade física segue, na hierarquia dos bens mais elevados, o bem da vida. Enquanto esta consiste pura e simplesmente na existência, a integridade física, pressupondo a existência, acrescenta-lhe a incolumidade física¹⁹¹.

Assim sendo, não existe vida sem integridade física, nem integridade física sem vida.

É interessante, também, mencionar o posicionamento de Ortega y Gasset, no sentido de que seria muito pueril conceituar “vida” com atributos de cunho meramente biológico. É dizer, tudo o que a pessoa é e faz constitui sua vida¹⁹². Sendo assim, o homem se encontra submetido a uma realidade em que lhe cabe decidir suas opções ontológicas, estando frente a uma realidade ilimitada, com infinitas possibilidades para exercer sua liberdade¹⁹³.

Por tudo o que foi exposto até agora, pergunta-se: existe uma vida que não vale a pena ser vivida? Em uma primeira análise, muitos se inclinariam a dizer que não. Essa inclinação, ou a repulsa à profundamente perturbadora ideia de que algumas vidas não valem a pena ser vividas ou são pior do que nada, é capturada pela frase de efeito “toda vida vale a pena ser vivida”. Por outro lado, quando a qualidade de vida é extremamente baixa, infelizmente, parece que a pessoa vive uma vida que não vale a pena ser vivida¹⁹⁴.

Existe uma ambivalência entre as opiniões das pessoas sobre o que seria uma vida que vale a pena ser vivida, a qual se manifesta na forma de uma

¹⁹⁰ Ibidem, p. 66.

¹⁹¹ Ibidem, p. 69.

¹⁹² ORTEGA Y GASSET, José. *¿Qué es filosofía?* 4. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1965, p. 228 e ss.

¹⁹³ Ibidem, p. 240.

¹⁹⁴ KIM, Hyunseop. The uncomfortable truth about wrongful life cases. *Philosophical studies*. July 2013, Volume 164, Issue 3, pp 623–624.

discrepância entre avaliações prospectivas e retrospectivas no que diz respeito a vidas com sérias deficiências congênitas. A maioria das pessoas, a princípio, não se opõe a exames pré-natais que averiguam a existência de deficiências congênitas causadoras, além de outras coisas, de dor e sofrimento intensos, incapacidades cognitivas e emocionais extremas, fortes deficiências físicas e morte prematura¹⁹⁵.

Até mesmo pessoas mais resistentes a diagnósticos pré-natais de doenças possivelmente tolerariam ou aceitariam o aborto após o diagnóstico de doenças degenerativas causadoras de dor extrema, perda de consciência de si e dos outros, ou morte prematura, ainda na infância¹⁹⁶.

Essa aprovação de uma seleção pré-natal parece envolver não apenas a avaliação feita pelos pais da criança, mas, também, da própria criança sobre si mesma, em uma situação de *wrongful life*, que pode pensar ser ruim para si ter nascido e ter de viver em uma situação tão debilitada que sua própria vida não valeria a pena ser vivida¹⁹⁷.

Por outro lado, uma vez que uma criança nasce com esse tipo de condição, a maioria das pessoas desejariam dar a ela o máximo de cuidado e tratamento possível. Além disso, muitos de nós cuidaríamos para que a criança crescesse de maneira a ser grata por sua vida¹⁹⁸.

Muitos de nós – especialmente os pais da criança ou ela mesma, se for capaz de fazer essa avaliação – achariam que o julgamento de que sua vida não vale a pena ser vivida ou que nascer foi ruim para ela é errado¹⁹⁹.

Citamos, como exemplo, o *slogan* do movimento defensor dos direitos da pessoa com deficiência nos EUA: “toda vida vale a pena ser vivida”²⁰⁰. Foi editado, nessa época, o documentário *Lives Worth Living*, sobre tal movimento,

¹⁹⁵ Ibidem, p. 624.

¹⁹⁶ ASCH, A. Reproductive technology and disability. In: COHEN, S.; TAUB, N. **Reproductive laws for the 1990s**. Londres: Humana Press, 1989, p. 87.

¹⁹⁷ KIM, Hyunseop. *Op. cit.*, p. 624.

¹⁹⁸ Idem.

¹⁹⁹ Ibidem, p. 625.

²⁰⁰ “Every life is Worth living”.

que culminou com a edição do *Americans with Disabilities Act*, em 1990, dirigido por Eric Neudel²⁰¹.

Contudo, diz Hyunseop Kim²⁰², é interessante ressaltar que ainda existe uma avaliação negativa da situação, mesmo por parte dos pais das crianças deficientes, os quais provavelmente se sentirão relutantes e inseguros em ter outro filho em condição similar.

Assim, podem-se trazer as seguintes perguntas: por que nós, especialmente a criança e os pais, temos duas mentalidades sobre o mesmo evento, qual seja, a concepção e o nascimento de uma vida muito deficiente? A vida da criança vale ou não vale a pena ser vivida? Entre essas duas avaliações aparentemente incompatíveis, qual é a verdadeira? Se uma avaliação é verdadeira e a outra é falsa, o que nos leva a continuar achando as duas avaliações atraentes? De fato, como podemos manter esses dois julgamentos incompatíveis ao mesmo tempo?²⁰³

No que diz respeito aos processos de *wrongful life*, há três comportamentos principais dos tribunais: alguns rejeitam tais ações, pois não se pode comparar a vida com a não-existência; outros fazem tal comparação e concluem que toda vida é preferível à não-existência; e uma minoria dá provimento às ações de *wrongful life*²⁰⁴.

A título de exemplo do primeiro caso, temos a ação *Gleitman versus Cosgrove*, em que o Tribunal entendeu que

a criança vítima teria que nos levar a medir a diferença entre a sua vida com defeitos (retardo mental e defeitos substanciais na visão, audição e dicção, devido ao fato de sua mãe ter contraído rubéola durante a gravidez), contra o vazio total da inexistência, mas é impossível fazer tal determinação. Este tribunal não pode pesar o valor da vida com deficiências contra a não-existência da própria vida. Argumentando que não devia ter nascido, a vítima torna logicamente impossível ao Tribunal medir seus alegados danos, devido à impossibilidade de fazer a comparação requerida por remédios compensatórios²⁰⁵.

²⁰¹ LIVES Worth living. Dir. Eric Neudel. Sotylne Motion Pictures, 2011 (60 min).

²⁰² *Op. cit.*, p. 625.

²⁰³ *Idem.*

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 625-626.

²⁰⁵ *Apud* KIM, Hyunseop. *Op. cit.*, p. 626, nota de rodapé. Tradução nossa para: "The infant plaintiff would have us measure the difference between his life with defects [mental retardation and substantial defects in sight, hearing, and speech due to his mother's Rubella during the term of her pregnancy] against the utter void of nonexistence, but it is impossible to make such a

Como exemplo do segundo caso, temos *Berman versus Allan*, em que o Tribunal entendeu que

apesar de concluirmos, como a maioria em *Gleitman*, que Sharon falhou em apresentar um pedido juridicamente possível, baseamos nosso resultado em uma premissa diferente – de que Sharon não sofreu nenhum dano juridicamente cognoscível por ter sido trazida à existência. Uma das crenças mais profundas da nossa sociedade é que a vida – com ou sem deficiências físicas graves – é mais preciosa do que a morte... nós nos simpatizamos com sua situação difícil. Contudo, não podemos dizer que para ela seria melhor nunca ter sido trazida a este mundo. A despeito de sua aflição com a Síndrome de Down, Sharon, devido a seu nascimento, será capaz de amar e ser amada e experimentar felicidade e prazer – emoções que são a verdadeira essência da vida e que são muito mais valiosas do que o sofrimento que ela pode experimentar. Para julgar de forma diferente, teríamos de desautorizar a premissa básica sobre a qual nossa sociedade está baseada²⁰⁶.

Na realidade, mesmo entre os juízes que aceitam os pedidos nas *wrongful life actions*, não há um julgado onde se entenda que a vida da vítima é pior do que a inexistência.

Apenas em *Turpin versus Sortini* foi feita essa comparação:

Alguns tribunais concluíram (incluindo *Berman versus Allen*) que a vítima não sofreu nenhum dano cognoscível, já que a vida – mesmo com a pior das deficiências – é sempre preferível à não existência, pelo menos no que diz respeito ao Direito. Nesse caso, em que a única aflição da vítima é a surdez, parece improvável que um júri fosse concluir que a vida em tal condição seja pior do que não ter nascido. Outros casos de *wrongful life*, contudo, envolveram crianças com condições muito mais sérias, debilitantes e dolorosas, como a síndrome de Tay-Sachs. Considerando a baixa expectativa de vida dessas crianças e sua limitadíssima capacidade de perceber ou aproveitar os benefícios da vida, não podemos afirmar com certeza que em qualquer situação seria um consenso social que a vida é preferível a não ter nascido. É, portanto, duvidoso que um pedido de uma criança por danos seja propriamente negado por razões de que a vida

determination. This court cannot weigh the value of life with impairments against the nonexistence of life itself. By asserting that he should not have been born, the infant plaintiff makes it logically impossible for a court to measure his alleged damages because of the impossibility of making the comparison required by compensatory remedies”.

²⁰⁶ *Apud* KIM, Hyunseop. *Op. cit.*, p. 626, nota de rodapé. Tradução nossa para “Although we conclude, as did the *Gleitman* majority, that Sharon has failed to state an actionable claim for relief, we base our result upon a different premise – that Sharon has not suffered any damage cognizable at law by being brought into existence. One of the most deeply held beliefs of our society is that life – whether experienced with or without a major physical handicap – is more precious than non-life... We sympathize with her plight. We cannot, however, say that she would have been better off had she never been brought into the world. Notwithstanding her affliction with Down’s Syndrome, Sharon, by virtue of her birth, will be able to love and be loved and to experience happiness and pleasure – emotions which are truly the essence of life and which are far more valuable than the suffering she may endure. To rule otherwise would require us to disavow the basic assumption upon which our society is based”.

debilitada, no que tange ao Direito, sempre valha mais do que não ter vida²⁰⁷.

Há, também, situações em que os tribunais deixam de entrar no mérito de a vida da vítima ser ou não pior do que a inexistência, focando na necessidade da criança ser compensada por despesas médicas, dentre outras, e no interesse social em dissuadir a negligência em exames genéticos.

É o caso, por exemplo, de *Procanik versus Cillo*, em que o Tribunal se manifestou da seguinte maneira:

Não precisamos, contudo, nos preocupar com essas considerações metafísicas. Nossa decisão de permitir a recuperação de despesas médicas extraordinárias não está baseada no conceito de que a inexistência é preferível a uma vida deficiente, mas está predicado nas necessidades da vida. Nós só buscamos responder ao chamado dos vivos para ajudar a suportar o peso de sua aflição. Acreditamos que os interesses da justiça e equidade são melhor servidos por meio de danos mensuráveis – como o custo das despesas médicas extraordinárias causadas pelas deficiências da vítima. Tais danos, uma vez mensurados, possuem o condão de dissuadir futuros atos de negligência médica²⁰⁸.

Em todo caso, intuitivamente, o julgamento de que uma deficiência é tão ruim a ponto de fazer uma vida merecer eutanásia ou suicídio costuma ser feito em um limiar muito mais alto do que o julgamento de que uma deficiência é suficientemente ruim a ponto de fazer que a vida passe por uma pesquisa pré-natal para averiguar a existência de tais defeitos. Portanto, aparentemente, a quantidade de casos que pertencem a essa categoria – vidas que não valem a

²⁰⁷ *Apud* KIM, Hyunseop. *Op. cit.*, p. 626, rodapé. Tradução nossa para “Some courts have concluded (including *Berman versus Allen*) that the plaintiff has suffered no legally cognizable injury on the ground that... life – even with the most severe of impairments – is, as a matter of law, always preferable to nonlife... In this case, in which the plaintiff’s only affliction is deafness, it seems quite unlikely that a jury would ever conclude that life with such a condition is worse than not being born at all. Other wrongful life cases, however, have involved children with much more serious, debilitating and painful conditions, and the academic literature refers to still other, extremely severe hereditary diseases (e. g. Tay-Sachs disease). Considering the short life span of many of these children and their frequently very limited ability to perceive or enjoy the benefits of life, we cannot assert with confidence that in every situation there would be a societal consensus that life is preferable to never having been born at all... it thus seems doubtful that a child’s claim for general damages should properly be denied on the rationale that the value of impaired life, as a matter of law, always exceeds the value of nonlife”.

²⁰⁸ *Apud* KIM, Hyunseop. *Op. cit.*, p. 627, rodapé. Tradução nossa para “We need not become preoccupied, however, with these metaphysical considerations. Our decision to allow the recovery of extraordinary medical expenses is not premised on the concept that non-life is preferable to an impaired life, but is predicado on the needs of the living. We seek only to respond to the call of the living for help in bearing the burden of their affliction... We believe that the interests of fairness and justice are better served through more predictably measured damages – the cost of the extraordinary medical expenses necessitated by the infant plaintiff’s handicaps. Damages so measured... will carry a sufficient sting to deter future acts of medical malpractice”.

pena começar, mas valem a pena continuar – é grande o suficiente para despertar interesse²⁰⁹.

J. McMahan sugere uma mudança nos padrões avaliativos para explicar um grupo de avaliações aparentemente inconsistentes não sobre a vida da criança deficiente, mas sobre a vida dos pais: uma avaliação prospectiva de que uma vida sem filhos é melhor para os pais do que uma vida com um filho deficiente, e uma avaliação retrospectiva de que a vida com um filho é melhor do que uma vida sem filhos²¹⁰.

McMahan também se preocupa com casos em que a deficiência não é grave a ponto de se poder dizer que a vida da criança não vale a pena ser vivida²¹¹. O nascimento de uma criança com deficiência média parece levantar alguns juízos embaraçosos. O grande quebra-cabeça não é problematizar se a vida deficiente vale a pena ser vivida, pois, segundo o autor, claramente vale. É o caso, por exemplo, de uma vida com surdez. O problema é o juízo de que os pais deveriam ter criado uma criança diferente, sem deficiências, em vez de uma criança deficiente, o qual entra em atrito com o juízo de que se deve celebrar, não lamentar, o nascimento da criança com deficiência.

No caso da avaliação dos pais sobre suas próprias vidas com uma criança com deficiência média, poder-se-ia alegar, até mesmo com alguma plausibilidade, que, com o nascimento da criança, os pais deixam de valorizar atividades não-parentais, como seus *hobbies* e amizades, pois passam a ter, com a paternidade, uma nova perspectiva de vida que dá mais peso à relação entre pai e filho, como resultado da experiência de ter um filho ou filha²¹².

Por outro lado, explica Kim²¹³, no caso da avaliação sobre uma vida gravemente debilitada, é difícil trazer uma explicação plausível sobre tal mudança de perspectivas.

²⁰⁹ KIM, Hyunseop. *Op. cit.*, p. 628.

²¹⁰ MCMAHAN, J. Preventing the existence of people with disabilities. In: WASSERMAN, D. *et al.*(orgs.). **Quality of life and human difference: genetic testing, health care, and disability**. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 152.

²¹¹ *Ibidem*, p. 143.

²¹² *Ibidem*, p. 155-156.

²¹³ *Op. cit.*, p. 629.

De toda forma, deve-se ter cautela, já que, se a explicação de que os pais entendem que a vida da criança vale a pena ser vivida é a de que, agora, eles mudaram sua visão sobre o assunto, espera-se, ainda assim, que eles prefiram não ter outro filho a ter mais um filho com a mesma deficiência grave²¹⁴ e os pais que passaram a aceitar a avaliação retrospectiva e positiva tendem a ter uma avaliação prospectiva negativa.

D. Velleman acusa tanto a avaliação prospectiva quanto a retrospectiva de serem inconsistentes, afirmando que os julgamentos contraditórios persistem em face um do outro. Após o nascimento de uma criança gravemente deficiente, essa criança e seus pais consideram a sua concepção e nascimento como dignas de ressentimento e tristeza. Ao mesmo tempo, argumenta Velleman que é perfeitamente racional que a criança seja grata por ter nascido, bem como é perfeitamente racional que os pais amem e acaltem seu filho. Tanto a tristeza quanto o amor ou a gratidão pelo nascimento da criança são possíveis consequências de um mesmo evento apresentado de formas distintas²¹⁵.

Velleman admite que avaliações conflituosas poderiam ser problemáticas se fossem usadas para trazer orientações práticas. Juízos de valor inconsistentes nos dão sinais mistos e nos levam a não saber o que fazer. Contudo, ele argumenta que juízos de valor contraditórios são racionalmente toleráveis, pois entendimentos positivos e as correspondentes avaliações favoráveis são essencialmente retrospectivos. Em outras palavras, pensamentos baseados no parentesco não são disponíveis até a criança efetivamente nascer e, portanto, podem ser diretamente retiradas por meio da percepção. No momento em que os pais deliberam sobre conceber ou não, a avaliação favorável e posturas positivas não podem ser elementos formadores da decisão de procriar. Uma vez que eles não podem escolher conceber uma criança em particular, somente a avaliação desfavorável pode guiar sua decisão sobre o assunto. Uma vez que a criança nasce, a família só tem que esquecer a

²¹⁴ MCMAHAN, J. *Op. cit.*, p. 156-157.

²¹⁵ VELLEMAN, D. Persons in prospect: III. Love and non-existence. **Philosophy & Public Affairs** 36 (3), 2008, p. 268-269.

avaliação desfavorável, que deveria ter guiado sua decisão de procriar, e focar em posturas positivas²¹⁶.

A teoria de Velleman não passa, contudo, isenta de críticas. Ora, mesmo que admitamos que a teoria é verdadeira, Kim argumenta que as ações de *wrongful life* ilustram que, mesmo após o nascimento de uma criança, a família poderia ter razões para invocar uma avaliação desfavorável²¹⁷.

Além disso, posturas positivas com relação a uma criança que já existe e a correspondente avaliação favorável de sua vida gravemente deficiente não são necessariamente retrospectivas. Naturalmente, o que está feito – o nascimento da vítima – não pode ser desfeito. Ainda assim, se o judiciário fosse rejeitar a ação de *wrongful life* com fulcro na avaliação favorável sobre a vida da vítima, a decisão judicial guiaria nossas ações em maneiras variadas, pois não apenas afetaria aqueles que suportam despesas extraordinárias para criar a criança em condições inviáveis, mas também criaria um precedente que pode ter consequências relacionadas a futuros atos de negligência médica em diagnósticos pré-natal²¹⁸.

A verdade é que é ruim para uma criança deficiente nascer e viver uma vida em condições gravemente debilitadas, o que leva Kim a pensar que a interpretação correta pra a questão que se nos coloca é a de que sua vida realmente não vale a pena ser vivida²¹⁹.

Primeiramente, considere-se uma pessoa cuja vida está preenchida apenas com as piores tristezas imagináveis e, portanto, nem vale a pena continuar com essa vida. Intuitivamente, parece plausível e, *a fortiori*, compreensível que é ruim para essa pessoa ter nascido e ter de viver uma vida tão intoleravelmente triste²²⁰.

²¹⁶ Ibidem, p. 272-273.

²¹⁷ *Op. cit.*, p. 631.

²¹⁸ Ibidem, p. 631-632.

²¹⁹ Ibidem, p. 635.

²²⁰ Idem.

Ademais, se é ruim para uma pessoa nascer e viver uma vida tão desagradável, a tristeza pessoal parece ser a explicação mais clara do porquê de ser errado trazê-la à vida²²¹.

Por último, mas não menos importante, é menos controverso dizer que é pior para uma pessoa real ter nascido e viver uma vida do que nunca ter sequer existido.

Essa comparação parece implicar conceitualmente que, se uma pessoa nunca tivesse existido, não existir teria sido melhor para ela do que ter nascido e vivido a vida, o que pode sofrer a seguinte objeção: se ela não tivesse existido, não teria havido uma pessoa para quem a não-existência teria sido melhor e, portanto, não poderia ter sido melhor para ela não existir²²². Por outro lado, ao se tecer um argumento sem entrar no mérito de ser ou não ruim para uma pessoa ter nascido, não se está comprometido com a alegação de que, se ela não tivesse nascido, isso teria sido bom, ou melhor, para ela²²³.

Kim afirma estar inclinado a acreditar que algumas crianças com graves deficiências, bem como seus pais, não acreditam realmente que a vida da criança valha a pena ser vivida. Nesse ponto, afirma, alguém poderia perguntar "mas então como é que a maioria das crianças gravemente deficientes, bem como seus pais, afirmam que a vida da criança vale a pena e agem como quem o acredita?". A resposta dada por Kim é que eles *aceitam* que tal vida vale a pena²²⁴, não que elas realmente acreditam nisso.

2.3 Dever de abortar?

Feita toda essa discussão, podemos chegar a, talvez, uma das principais polêmicas envolvendo o tema desse trabalho: reconhecendo-se que a própria vida da pessoa pode ser um dano a ela e que uma vida extremamente debilitada a ponto de ser inviável pode ser considerada pior do que não ter

²²¹ Idem.

²²² Isso também pode ser visto em BROOME, J. Goodness is reducible to betterness: The evil of death is the value of life. In: BROOME, J. **Ethics out of economics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993, p. 168.

²²³ KIM, Hyunseop. *Op. cit.*, p. 635.

²²⁴ Ibidem, p. 637.

nenhuma vida, é possível afirmar que a mãe, ao tomar conhecimento das condições do feto, é obrigada a abortar?

Note-se que, aqui, estamos mudando um pouco o foco da discussão. É dizer, se uma *wrongful birth action* ou uma *wrongful life action*, especialmente esta última, forem aceitas, o médico é responsabilizado por não ter informado à mãe sobre a existência de uma condição que poderia levar a um aborto legal. Mas e se o médico informou sobre essa condição do feto?

A mãe está obrigada a interromper a gravidez? É o que será discutido no presente tópico.

Antes de nos debruçarmos sobre essas questões, interessante dedicarmos algumas linhas à temática envolvendo o dever jurídico.

A dogmática constitucionalista, tão prolixa ao tratar dos direitos fundamentais, foi levemente negligente ao tratar dos deveres, em que pese estes tenham sido especialmente trabalhados no direito privado, não lhes conferindo o mesmo caráter de destaque garantido aos direitos²²⁵.

Ora, quando se fala em direitos, lembra-se que

enquanto o direito objetivo (*norma agendi*) consubstancia regra de conduta a ser observada pelo destinatário, o direito subjetivo (*facultas agendi*) significaria certa faculdade do interessado em agir. Contudo, pode ser averbado que ditas figuras representam pura complementação já que a faculdade (ideia há muito ultrapassada, considerando as eventualidades de excesso) deriva de uma autorização normativa que também imputa deveres²²⁶.

Nesse contexto, John Austin, mentor da Escola Positivista de Oxford, indica que o direito subjetivo de uma pessoa só pode encontrar arrimo no dever da outra parte, seja este de fazer ou não fazer, ou seja, o direito subjetivo tem o dever por reflexo²²⁷.

²²⁵ MARTINS, Fernando Rodrigues. Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transversal e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação. In: MARTINS, Fernando Rodrigues. **Direito privado e policontextualidade**. Fontes, Fundamentos e Emancipação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 238.

²²⁶ Ibidem, p. 235.

²²⁷ AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined* (1832), apud MARTINS, Fernando Rodrigues. *Os deveres fundamentais...*, p. 235.

Contudo, não se pode dizer que isso levaria a uma acessoriedade dos deveres frente aos direitos. Nesse diapasão, cabe mencionar a lição de Fernando Rodrigues Martins, no sentido de que

há de se atentar a inexistência de acessoriedade dos deveres fundamentais com direitos fundamentais. Mesmo que possam se atracar não trazem entre si relação de dependência (observe-se o *dever do serviço militar*, por exemplo), senão posições dialógicas em busca da análise da situação complexa e em consequência a aplicação do direito²²⁸.

Nesse íterim, temos que, caso não se observe um dever jurídico, abre-se espaço a que o ordenamento lance mão da sanção. Sobre a questão, Carlos Alberto Mota Pinto leciona que as sanções jurídicas dirigidas ao obrigado servem como base de apoio para o dever jurídico²²⁹.

A partir dessas premissas, encontram-se duas bases iniciais para o dever jurídico, sendo a primeira de reflexo do direito subjetivo e a segunda de ensejador de implemento de garantia ou aplicação de sanção na hipótese de incumprimento²³⁰.

Nas palavras de Gilles Lipovetsky, vivemos em uma sociedade pós-moralista, caracterizada por ser

uma época em que o sentido do dever é edulcorado e debilitado, em que a noção de sacrifício pessoal perdeu sua justificação social, em que a moral já não exige o devotamento a um fim superior, em que os direitos subjetivos preponderam sobre os mandamentos imperativos, em que as lições de moral são encobertas pelo fulgor de uma vida melhor, do irradiante sol das férias de verão, do banal passatempo das mídias²³¹.

Analisando o trecho acima, Fernando Martins indica a existência de um novo modelo de individualismo que, conferindo aos deveres um assento debilitado, clama apenas por direitos, evitando a incidência do dever jurídico²³².

O marco geográfico e temporal para isso, que Lipovetsky chama “crepúsculo do dever”, pode ser indicado como a Europa pós-guerra, onde a

²²⁸ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Os deveres fundamentais...*, p. 240-241.

²²⁹ MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 185.

²³⁰ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Os deveres fundamentais...*, p. 236.

²³¹ LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos**. Trad. Armando Braio Ara. Barueri: Manole, 2005, p. 27.

²³² MARTINS, Fernando Rodrigues. *Os deveres fundamentais...* p. 238.

queda do nacional-socialismo, do fascismo e do socialismo ao estilo russo, regimes totalitários marcado pela negação de direitos indicou a ascensão de direitos fundamentais para limitar o poder de ação do Estado e, por conseguinte, tentar impedir seus abusos²³³.

A partir daí, veio a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que limitou-se a indicar os deveres de maneira lacônica no art. XXIX, que preconiza que *“todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível”*, e, posteriormente, constituições democráticas, inclusive a brasileira, que, conforme dito alhures, negaram-lhes, a exemplo da carta humanitária de 1948, protagonismo e sistematização.

De toda forma, ainda que as cartas tendam a tratar dos deveres de forma lacônica e tímida e não haja, conforme dito alhures, relação meramente reflexiva entre direitos e deveres fundamentais, são estes que legitimam a existência daqueles, visto que, conforme lição de Gregorio Robles, não faz sentido fundamentar os direitos humanos sem, contudo, fazer referência aos deveres e valores morais²³⁴.

Sendo assim, chegamos ao conceito de deveres fundamentais ensinado por Casalta Nabais, no sentido de que estes seriam uma categoria constitucional própria, expressão direta e imediata de valores e interesses sociais diferentes e contrapostos aos interesses e valores individuais protegidos pelos direitos fundamentais, o que, contudo, não impede que aqueles integrem a matéria destes, visto que, sendo os deveres a ativação e mobilização constitucionais das liberdades e mesmo dos patrimônios dos titulares dos direitos, para a realização do bem comum ou do interesse da sociedade, há que se apresentar os deveres como conceito correlativo para delimitar o conceito de direitos fundamentais²³⁵.

²³³ FALCÓN Y TELLA, María José. **Lições de teoria geral do direito**. Trad. Cláudia de Miranda Avena e Ernani de Paula Contipelli. São Paulo: RT, 2011, p. 361.

²³⁴ ROBLES, Gregorio. **Los derechos fundamentales y la ética en la sociedade actual**. Madrid: Civitas, 1997, p. 36.

²³⁵ NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 222.

A partir desse conceito, Fernando Martins conclui que a função dos deveres fundamentais consiste em referendar a necessidade de limitar a liberdade, por intermédio da responsabilidade, bem como tutelar a ordem pública e, por fim, atingir o bem comum da sociedade democrática, a qual deve “superar a visão oportunista do *homo ludens* que excelentemente se adequa à figura do *homem-sujeito* (virtual e antropológico) para afinar-se ao *homem-pessoa* (real e responsável): indivíduo de direitos e de deveres”²³⁶.

Sobre isso, cumpre mencionar lição de Antônio Castanheira Neves, que leciona que “tanto o *homo faber* e também simplesmente *laborans* da sociedade técnica, como ao *homo ludens* da sociedade do bem-estar à *outrance* que esvaziou espiritualmente o homem, pretende-se opor a afirmação do homem-pessoa e com todas as implicações axiológicas e éticas do sentido da pessoa. Se no sentido de pessoa se postula a sua dignidade absoluta ao mesmo tempo que se nega a sua identificação ao ‘indivíduo’ e se recusa o individualismo deste, uma vez compreendido o pressuposto compromisso e recíproco reconhecimento comunitários que aquela comunidade implica, significará também isso não apenas a responsabilidade ética perante a pessoa em todo universo humano (seja imediatamente prático e de conveniência ou não) como igualmente a responsabilidade ética da pessoa relativamente mesmo universo. Tanto é dizer que a pessoa não é só sujeito de direitos, sejam eles fundamentais ou outros, mas simultaneamente sujeito de deveres – não sendo os direitos simples reivindicações politicamente sustentadas e os deveres exterioridades limitativas só pelo cogente cálculo de interesses e sempre repudiavelmente sofridos, como acontece com a polarização prática no indivíduo, mas manifestações mesmas de axiologia responsável e responsabilizante da pessoa”²³⁷.

Sendo assim, para se falar em liberdade é necessário, antes, ter a responsabilidade como forma de garantir que não haverá abuso dessa liberdade. É dizer, liberdade e responsabilidade são uma via de mão dupla, vez que, sem

²³⁶ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Os deveres fundamentais...*, p. 243.

²³⁷ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Entre o legislador, a sociedade, e o juiz ou entre sistema, função e problema – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. V. LXXIV, 1998. Coimbra: Coimbra, p. 33.

liberdade, a pessoa não pode ter responsabilidade, mas justamente por ter essa liberdade e a capacidade para tomar atitudes é que a pessoa possui o dever de refletir sobre fazer ou não fazer. É dizer, a liberdade é “necessária e suficiente” para a responsabilidade²³⁸.

Podemos, inclusive, nos socorrer da lição de Felice Giuffrè, que, ao tratar dos deveres de solidariedade social, afirma que a liberdade, enquanto expressão da dignidade da pessoa, impõe a valorização da responsabilidade do indivíduo e dos grupos, portanto, a participação pessoal e voluntária na vida política, social e econômica da comunidade. Nesse contexto, também a atitude de apoio para com o próximo deverá ser conceito, acima de tudo, como uma instância espontânea da pessoa e não apenas o fruto de uma conformação autoritária das relações sociais²³⁹.

Além de tudo, os deveres fundamentais precisam ter, por fim, a tutela da ordem pública, garantindo, desde o direito romano, que os contratos não derogassem as normas de ordem pública, sob o brocardo latino *privatorum pactio juri publico non derogat*, posteriormente aproveitada no *Code Napoleon*, no sentido de preservar relações sociais²⁴⁰.

O ordenamento invoca a ordem pública textualmente como técnica de solução, mas deixa de conceituá-la em suas bases, sendo mais fácil identificá-la nos casos concretos, por meio de assimilação ou argumentação jurídica²⁴¹.

De toda forma, a ordem pública tem abordagem diacrônica, acompanhando a evolução temporal dos valores essenciais que preponderam em cada sociedade, em fórmulas determinadas pelas exigências filosóficas, políticas e religiosas do direito²⁴². Exemplos disso, indicados por Fernando Martins²⁴³, são o abandono da moral sexual enquanto ordem pública, consagrada no art. 219, IV, do CC/16, o qual indicava a possibilidade de

²³⁸ SEM, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 361.

²³⁹ GIUFFRÈ, Felice. I doveri di solidarietà sociale. In: BALDUZZI, R. *et. al.* (coord). **I doveri costituzionali**: la prospettiva del giudice delle legge. Torino: G. Giappichelli, 2007, p. 7.

²⁴⁰ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Os deveres fundamentais...*, p. 244.

²⁴¹ Idem.

²⁴² MAULARIE, Phillipe. **L'ordre public et le contrat**: les contrats contraires à l'ordre public. Paris: Matot-Braine, 1953, nº 8.

²⁴³ *Op. cit.*, p. 245.

anulação do matrimônio por parte do marido quanto ao erro sobre a pessoa da esposa caso essa não fosse mais virgem quando do casamento, bem como a adoção da função social do contrato e da propriedade enquanto ordem pública, consagrados pelo CC/02, em seu art. 2.035, parágrafo único.

A ordem pública tem sua gênese na Constituição, vez que esta está no ápice da pirâmide da ordem jurídica, de maneira a condicionar tanto a validade quanto a eficácia de todas as leis infraconstitucionais. Assim, pode-se falar em ordem pública constitucional, a qual se manifesta por intermédio dos princípios estruturantes do poder, os quais engendram todo o projeto de vida da sociedade²⁴⁴.

Vale lembrar que a ordem pública também aparece em matéria de direito internacional, sendo invocada para dirimir conflitos entre leis, protegendo valores essenciais do foro frente a outros elementos de conexão. O uso da ordem pública veio para neutralizar a ação de normas estrangeiras que se chocassem com concepções essenciais da ordem nacional²⁴⁵.

Na legislação infraconstitucional, usa-se a ordem pública para determinar a nulidade de atos e negócios jurídicos, ou sua ineficácia, na hipótese de não observação de disposição de amplo interesse social. Não obstante, hoje ela alcança taxonomia diferente daquela dada pelos códigos novecentistas, como ocorre na ordem pública econômica (economia de mercado socialmente responsável)²⁴⁶, na ordem pública procedimental (consentimento esclarecido, a ser tratado no item 3.2 *infra*)²⁴⁷, na ordem pública de proteção à parte débil (reconhecimento da vulnerabilidade, a ser tratado no item 3.1.1.1 *infra*)²⁴⁸ e de

²⁴⁴ PIÑON, Benjamín Pablo. **El orden público em la Constitución, en la ley y en el derecho**. In: ALEGRIA, Héctor; ITURRASPE, Jorge Mosset (coord.). **Orden público y buenas costumbres**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 9.

²⁴⁵ DEUMIER, Pascale; REVET, Thierry. Ordem pública (verbetes). In: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. **Dicionário da cultura jurídica**. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 1.296.

²⁴⁶ FARJAT, Gérard, *apud* MARTINS, Fernando Rodrigues. *Os deveres fundamentais...*, p. 248.

²⁴⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoría general del contrato y de los servicios**: una teoría sistémica del contrato. Contratos de servicios a los consumidores. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 18. Ver, também, MARTINS, Fernando Rodrigues. **Superendividamento e a necessidade de proteger o consumidor dele mesmo**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/superendividamento-e-a-necessidade-de-protger-o-consumidor-dele-mesmo/6323> (acesso em 10/12/2018).

²⁴⁸ LÓPEZ CABANA, Roberto M., *apud* MARTINS, Fernando Rodrigues. *Os deveres fundamentais...*, p. 248.

direção (estabelecendo princípios vetores da chamada “Constituição econômica”)²⁴⁹.

Por fim, o último escopo dos deveres fundamentais é o bem comum. Nas palavras de Maria Helena Diniz,

a noção de ‘bem comum’ é bastante complexa, metafísica e de difícil compreensão, cujo conceito dependerá da filosofia política e jurídica adotada. Esta noção se compõe de múltiplos elementos ou fatores, o que dará origem a várias definições. Assim se reconhecem, geralmente, como elementos do bem comum a liberdade, a paz, a justiça, a segurança, a utilidade social, a solidariedade ou cooperação. O bem comum não resulta da justaposição mecânica desses elementos, mas de sua harmonização em face da realidade sociológica²⁵⁰.

O art. 5º da LINDB, bem como o art. 3º, IV, da CRFB, fazem menção expressa ao bem comum.

Eduardo Garcia Maynez enxerga duas teorias conceituais para o bem comum, sendo uma egoística e outra totalitária: na primeira, o Estado e a sociedade possuem o dever comum de servir à pessoa e à sua liberdade. Na segunda, os valores pessoais se submetem ao interesse público primário²⁵¹.

Por fim, recorda-se o conceito de Giorgio Filibeck, no sentido de que seria o bem comum composto por todas as condições de vida social que possam consentir e favorecer o desenvolvimento integral da pessoa²⁵².

Para traçar linhas gerais dos deveres fundamentais no âmbito da Constituição, temos que eles possuem, no que diz respeito à dimensão subjetiva, como titulares, o Estado, a sociedade, sujeitos constitucionalmente indicados e o indivíduo em determinadas circunstâncias como sujeitos que podem exigir o cumprimento dos deveres fundamentais²⁵³.

²⁴⁹ ITURRASPE, Jorge Mosset. **Derecho civil constitucional**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 73. Na lição do argentino, há que se estender a ordem pública aos terrenos onde a noção se mostrava mais proveitosa ou conveniente, qual seja, ordem pública econômica, de proteção e de direção e ordem pública social e política.

²⁵⁰ DINIZ, Maria Helena, *apud* MARTINS, Fernando Rodrigues. *Os deveres fundamentais...*, p. 248-249.

²⁵¹ MAYNEZ, Eduardo García. **Filosofía del derecho**. Cidade do México: Porrúa, 1974, p. 484.

²⁵² *Apud* MARTINS, Fernando Rodrigues. *Os deveres fundamentais...*, p. 250.

²⁵³ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Os deveres fundamentais...* p. 252.

De fato, o Estado é o principal titular dos deveres fundamentais, por meio, por exemplo, do dever de prestação do serviço militar, do dever de votar, do dever de colaboração com a administração eleitoral, bem como o dever de prestar contas, constante do parágrafo único do art. 70 da CRFB²⁵⁴.

Também a sociedade, por meio do princípio da solidariedade, exige uma série de deveres fundamentais relacionados a esse princípio, por intermédio de aportes econômicos, urbanos, ecológicos, culturais, educacionais, trabalhistas, previdenciários, de saúde, etc.²⁵⁵. Realmente, conforme lição de Léon Bourgeois, o homem não é somente uma inteligência explicada pelas ciências da natureza, mas, ao mesmo tempo, uma consciência²⁵⁶.

No que diz respeito aos sujeitos constitucionalmente indicados, temos as exigências especiais de alguns grupos de vulneráveis, como a criança e o adolescente, indicados no art. 227 da CRFB²⁵⁷, gerando o dever de proteção geral para a família e o Estado, ou o idoso, por meio do art. 230²⁵⁸, os povos indígenas, conforme art. 231²⁵⁹ e os consumidores, a partir do inciso XXXII do art. 5º²⁶⁰.

Por fim, pode uma pessoa única ser titular de dever fundamental, mesmo que não esteja em nenhuma categoria de sujeito constitucionalmente indicado, a exemplo do que acontece na prerrogativa conferida pelo art. 19, II, da CRFB, ao interessado de exigir fé pública nos documentos expedidos pela Administração²⁶¹.

²⁵⁴ Idem.

²⁵⁵ Ibidem, p. 253.

²⁵⁶ BOURGEOIS, Léon. L'idée solidarité et ses consequences sociales. In: **Essai d'une philosophie de la solidarité: conférences et discussions**. 2. ed. Paris: Félix Alcan, 1907, p. 31.

²⁵⁷ “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

²⁵⁸ “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

²⁵⁹ “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.

²⁶⁰ “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

²⁶¹ “Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
II - recusar fé aos documentos públicos;

Quanto aos destinatários dos direitos fundamentais, podem ser tanto as pessoas quanto o próprio Estado, conforme os ditames da Carta Magna.

No que tange à dimensão objetiva, temos que os deveres fundamentais constituem não só expressão valorativa, quanto deontológica da Constituição, manifestando-se, pois, assim como os direitos fundamentais, por intermédio de princípios constitucionais que lhes servem de arrimo normativo. Ademais, por meio deles é que se pode fiscalizar a norma ou atos administrativos por inconstitucionalidade, proceder à chamada interpretação conforme a constituição, realizar a ponderação com outras figuras constitucionais, possibilitar a universalidade e a igualdade no âmbito da ordem constitucional²⁶².

Quanto à classificação dos deveres fundamentais, temos, a partir da lição de Fernando Martins, forte em María José Falcón y Tella, que

a teoria geral cuidou em apresentar essencialmente três recortes para os *deveres em geral*: *i*) quanto ao modo, dever positivo (*facere*) ou dever negativo (*non facere*); *ii*) quanto ao sujeito passivo em sujeição, dever geral (toda a sociedade) e dever específico (determinada pessoa ou setor); *iii*) quanto ao objeto, dever *ad personam* (personalíssimo) e dever *ob rem* (coisa)²⁶³.

No âmbito do Estado liberal, temos os deveres fundamentais de pagar impostos, de serviço militar, de votar e, ainda, o dever fundamental do Estado de se abster de violar direitos individuais.²⁶⁴ No âmbito do Estado social, já aparecem interesses econômicos e sociais, impondo, ao Estado, o dever de proteção e, aos cidadãos, o dever de solidariedade²⁶⁵.

²⁶² MARTINS, Fernando Rodrigues. *Os Deveres fundamentais...*, p. 254.

²⁶³ Ibidem, p. 254-255. Ver, também, FALCÓN Y TELLA, María José. *op. cit.*, p. 360.

²⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 83. No que diz respeito ao dever fundamental de pagar impostos, cabe mencionar a existência de teoria econômica em sentido estrito, especialmente no âmbito da Escola Austríaca, por exemplo, quando Hans-Hermann Hoppe afirma que é no chamado “socialismo social-democrata” que aparece a fixação que o Estado tem pela cobrança de tributos. Segundo o autor, a principal diferença entre o socialismo ao estilo russo, onde o Estado usurpa toda a propriedade privada, e a social-democracia é que, nesta, permite-se uma pequena aquisição privada de propriedade, mas, ainda assim, por meio da tributação, ocorre uma usurpação da propriedade privada por parte do Estado. Dessa forma, cumpre mencionar que, *data venia*, forte em Hoppe, o autor do presente trabalho discorda de Bonavides quanto à obrigatoriedade de adimplemento das obrigações tributárias aparecer como dever fundamental no âmbito do Estado liberal. Ver HOPPE, Hans-Hermann. **Uma teoria do socialismo e do capitalismo**. Trad. Bruno Garschagen. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013, p. 33-70.

²⁶⁵ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Os Deveres fundamentais...*, p. 255.

Nessa toada, ao cotejá-los junto aos direitos fundamentais, ainda podemos falar em deveres fundamentais autônomos, os quais não possuem direitos fundamentais correspondentes, a exemplo do serviço militar, e deveres fundamentais não autônomos, os quais compartilham a norma jusfundamental com os direitos fundamentais, existindo aquela relação reflexiva proposta pela Escola Positivista de Oxford, a exemplo do dever fundamental de proteção estatal aos vulneráveis, ou mesmo o dever fundamental de adimplemento das obrigações tributárias, a que correspondem os direitos sociais prestados pelo Estado.

Quanto à abrangência constitucional dos deveres fundamentais, o professor Fernando Martins vislumbra três categorias, quais sejam: a) deveres fundamentais (subjativos, relacionando-se com o *status* constitucional da pessoa); b) deveres constitucionais (relacionados com a organização do Estado e dos poderes); c) deveres legais (que aparecem na legislação infraconstitucional, a partir de determinação constitucional²⁶⁶, como acontece com a proteção conferida ao consumidor pelo CDC).

Quanto à eficácia e aplicabilidade dos deveres fundamentais, há que se reconhecer que, ao contrário dos direitos fundamentais, não possuem eficácia direta, nem aplicabilidade imediata, vez que há a necessidade de limitação ao empenho e concretude do instituto²⁶⁷.

Por fim, há que se afirmar que deveres fundamentais não são mera limitação a direitos fundamentais, mas, também, garantia constitucional para a implementação preventiva destes²⁶⁸.

Feito este introito, podemos volver os olhos à resposta para as perguntas feitas no início deste subtítulo.

²⁶⁶ Os *Deveres fundamentais...*, p. 257.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 257-258.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 258.

A principal razão para se procurar evitar o nascimento de crianças deficientes é que, prevenindo tais nascimentos, previne-se sofrimento e a prevenção do sofrimento é moralmente desejável²⁶⁹.

Na visão do Professor John Harris²⁷⁰, é moralmente errado trazer, intencionalmente, uma criança deficiente ao mundo. O erro nesses casos é deliberadamente escolher aumentar a quantidade de sofrimento no mundo quando se o poderia ter evitado²⁷¹. Ao dar à luz uma criança deficiente, a pessoa é responsável por lhe impor sofrimento desnecessário²⁷².

Assim, a pessoa é moralmente culpável se, suspeitando que poderia conceber um feto deficiente, não procurou averiguar se havia deficiência no feto depois da concepção e, por conseguinte, interromper a gravidez²⁷³. Só existe uma exceção em que Harris entende que se poderia justificar o ato intencional de dar à luz uma criança deficiente, qual seja, casos em que, por algum motivo, a mãe está impossibilitada de conceber uma criança que totalmente saudável. Nesses casos, afirma, “é melhor ter uma criança com deficiências do que nenhuma criança”²⁷⁴.

S. D. Edwards critica esse “dever de abortar” imposto por Harris, afirmando que o aceite de uma exceção levaria a se pensar que a obrigação de prevenir sofrimento desnecessário levaria à conclusão de que é imoral dar a luz a qualquer criança, tendo em vista que o sofrimento faz parte da vida humana, sendo que a maioria das pessoas tem mais sofrimento do que prazeres ao longo da vida²⁷⁵.

Contudo, Harris explica que o desejo de ter filhos é muito forte e deve ser respeitado²⁷⁶. As vantagens advindas da satisfação desse desejo são

²⁶⁹ EDWARDS, S. D. Prevention of disability on grounds of suffering. **Journal of Medical Ethics** 2001;27, p. 380.

²⁷⁰ Ver, por exemplo, HARRIS, John. **Wonderwoman and Superman**. Oxford: Oxford University Press, 1992.

²⁷¹ HARRIS, John. **Clones, genes and immortality**. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 91.

²⁷² Ibidem, p. 88.

²⁷³ Harris literalmente escreve que pode também pode ser errado não interromper a gravidez (“it can also be wrong not to terminate a pregnancy”). Ibidem, p. 91.

²⁷⁴ Tradução nossa para: “better to have children with disabilities than no children at all”. Idem.

²⁷⁵ EDWARDS, S. D. *Op. cit.*, p. 380.

²⁷⁶ HARRIS, John. *Op. cit.*, p. 91.

maiores do que o fato de que haverá algum sofrimento a partir de tal ato. Harris, para isso, vai diferenciar sofrimento inevitável (aquele que todos temos) de sofrimento desnecessário (aquele que só aqueles que possuem deficiência congênita terão)²⁷⁷.

Um exemplo discutido por Harris envolve pais que, em um processo de fertilização *in vitro*, optam por implantar um embrião que possui uma anormalidade genética que vai causar surdez, quando poderiam ter escolhido um embrião saudável²⁷⁸. Fazendo tal escolha, estariam causando dano desnecessário.

Então, para Harris, existe uma obrigação geral de não causar sofrimento desnecessário e, portanto, uma obrigação de não dar a luz a bebês deficientes, devendo-se abortá-los (de maneira que lhes seja indolor).

Contudo, conforme crítica de Edwards, as implicações dessa posição são drásticas e o autor apresenta suas falhas. Primeiramente, se a alegação de sofrimento for tratada empiricamente, bastará apresentar um exemplo de pessoa com deficiência levando uma vida feliz para que a teoria de Harris caia por terra²⁷⁹.

Além disso, pode-se supor que muitas pessoas com deficiências moderadas vivendo em países ocidentais têm graus menores de sofrimento do que pessoas não deficientes em várias partes mais pobres do mundo. Uma deficiência, por si só, não é suficiente, afirma Edwards, para que a vida de uma pessoa esteja fadada ao sofrimento. E, considerando o tipo de vida levado por várias pessoas sem deficiência em países muito pobres, claramente há outras causas de sofrimento além de eventual deficiência congênita²⁸⁰.

De toda forma, para Harris, existe uma correlação entre deficiência e sofrimento. Por definição, se uma pessoa *x* é mutilada, ela sofre dano e pode-se

²⁷⁷ Ibidem, p. 88-89.

²⁷⁸ Ibidem, p. 88-89.

²⁷⁹ EDWARDS, S. D. *Op. cit.*, p. 381. Exemplo famoso seria o caso do australiano Nick Vujicic, que nasceu sem pernas e sem braços devido à rara Síndrome Tetra-Amelia, sendo, hoje, diretor da organização *Life Without Limbs*. Possui quatro filhos, duas graduações, e dá palestras sobre deficiência, esperança e o sentido da vida. Ver VUJICIC, Nick. **Uma vida sem limites**. Inspiração para uma vida absurdamente boa. Ribeirão Preto: Novo Conceito, 2011.

²⁸⁰ Idem.

dizer que essa pessoa x está sofrendo. O mesmo se aplicaria a uma pessoa que, podendo ser abortada, nasce com vida²⁸¹.

Contudo, existe uma séria fraqueza em tal posição. Dano e sofrimento podem se correlacionar, mas possuem importante diferença. Tal diferença pode ser descrita com o exemplo em que uma pessoa pode sofrer dano sem, na verdade, sofrer experiências mentais indesejadas por isso²⁸².

Para que uma pessoa esteja sofrendo é necessário que ela sofra o tipo de sentimentos necessários à condição de sofrimento. Não é necessário que essa pessoa esteja sofrendo um dano²⁸³.

Com essa discussão, talvez possa contribuir o estudo do professor Benjamin Meir Jacobs, sobre o assunto. Ele começa o trabalho perguntando se há uma obrigação moral de evitar, quando possível, levar uma criança com doenças genéticas a nascer. O uso de fertilização *in vitro* e de diagnóstico genético pré-implantação possibilita, agora, a realização de teste para averiguar se o feto possui uma série de desordens genéticas. Contudo, não há qualquer obrigação legal de os pais fazerem uso de tais testes²⁸⁴.

Considere-se o *Casa!*: ambos os parceiros são heterozigotos para a mutação X, que causa a doença recessiva autossomática Y. Por algum motivo, o casal escolhe se submeter à fertilização *in vitro*. Eles descobrem que o embrião A resultará em uma criança com a doença e o embrião B, não. A condição Y não é a ideal, mas não é tão ruim a ponto de a vida da criança não valer a pena ser vivida. Eles estão errados em escolher implantar o embrião A em vez do embrião B?²⁸⁵

Muitos diriam que sim. Isso leva a duas questões: primeiramente em que exatamente consiste o erro? Não pode consistir em dano causado à criança porque *aquela criança* não teria existido se o embrião B fosse escolhido. Além

²⁸¹ HARRIS, John. Is there a coherent social conception of disability? **Journal of Medical Ethics**, 2000, v. 26, p. 99.

²⁸² EDWARDS, S. D. *Op. cit.*, p. 381-382.

²⁸³ Sobre o sofrimento humano, ver CASSEL, E. **The nature of suffering and the goals of medicine**. Oxford: Oxford University Press, 1991.

²⁸⁴ JACOBS, Benjamin Meir. Is there a moral obligation to select healthy children? **Journal of Medical Ethics**, 2015;41, p. 696.

²⁸⁵ *Idem*.

disso, se o ato do casal é errado, isso enseja uma obrigação moral? Em caso afirmativo, temos que estabelecer qual será o escopo dessa obrigação. Será uma obrigação que se aplica em todas as situações na vida real ou deverá ser balanceada com outros princípios relevantes?

Decisões reprodutivas afetam a identidade da criança que vai existir no futuro. Para uma pessoa específica existir, um espermatozoide específico precisa fertilizar um óvulo específico. Qualquer mudança no momento da concepção quase certamente resultará no nascimento de uma pessoa diferente²⁸⁶.

Isso leva a alguns problemas da Não-Identidade. Se aceitarmos a validade desses problemas, seremos forçados a entender que certos atos poderiam ser *errados* apesar de não causarem *dano* a ninguém. Para muitas pessoas, essa conclusão é profundamente inaceitável. O erro em um ato, para eles, consiste em causar dano a alguém, sendo que “causar ano” é piorar a situação da pessoa²⁸⁷.

Em problemas de Não-Identidade, ninguém sofre dano, pois os fatores responsáveis por causar seu sofrimento também são condições necessárias a sua existência. Se pensarmos que *o Casal* agiu de forma errada, não podemos explicar o erro de sua ação em termos de dano causado à criança. Esse é o problema²⁸⁸.

Há algumas soluções para o problema da Não-Identidade: 1. Rejeitar sua validade; 2. Aceitar a conclusão de que os atos em questão não são errados; 3. Sugerir maneiras de se cometer erros sem causar dano a ninguém; 4. Sugerir maneiras de se cometer erros com relação a uma pessoa sem causar dano a ela²⁸⁹.

Talvez o problema da não-identidade seja causado por uma definição equivocada de “dano”. Alguns consideram que uma pessoa sofreu dano se sua situação se tornar pior do que algum padrão: pode ser um padrão histórico (como

²⁸⁶ Idem.

²⁸⁷ Idem.

²⁸⁸ Idem.

²⁸⁹ Ibidem, p. 696-697.

a pessoa estava antes) ou um padrão contrafático (como ela poderia estar se o desenrolar dos fatos tivesse se dado de outra maneira)²⁹⁰.

Essa abordagem contrafática nos dá uma explicação mais plausível sobre o porquê de ser errado trazer uma criança a uma existência que não vale a pena. A abordagem histórica não consegue explicar como a criança sofre dano, pois ela não existia antes do fato.

A abordagem contrafática explica como a criança sofreu dano com referência a como ela poderia ter tido uma vida melhor em outra circunstância. Então, a versão contrafática é mais defensável.

Contudo, as “vítimas” em problemas de não-identidade não estão em situação pior do que estavam antes, ou do que poderiam estar: em análise contrafática, elas não sofreram dano. Jacobs usa um exemplo interessante para desafiar a análise contrafática:

Um personagem generoso chamado “Rico” joga 100 cubos de ouro do céu, tornando todos os habitantes de uma ilha próxima \$5 milhões mais ricos. Ele sabe que existe um risco de machucar alguém. Assim, um personagem chamado “Azarado” é acertado por um dos cubos e o impacto quebra seu braço.

Azarado claramente sofreu dano, ainda que esteja \$5 milhões mais rico. Ele não precisava do ouro, então podemos chamar isso de *benefício puro*. Como Rico previu o risco de seu comportamento, ele agiu de forma errada (imoral) e é legalmente responsável por ter causado dano a Azarado. Essa conclusão põe em xeque a análise comparativa, pois Azarado é colocado em uma situação melhor pelas ações de Rico. Contudo, ele ainda está machucado. Esse exemplo nos motiva a considerar uma visão não-comparativa do dano.

Segundo a visão não-comparativa do dano, a ação de uma pessoa pode causar dano a outra mesmo que esta outra não tenha sua situação piorada pela ação da primeira pessoa. Assim, uma pessoa pode sofrer dano sem ser colocada em uma situação pior²⁹¹.

²⁹⁰ Ibidem, p. 697.

²⁹¹ Idem.

Propõe-se, então, que as razões morais para prevenir um dano sempre são maiores do que as razões morais para conceder um *benefício puro* – um benefício que não consiste em evitar ou prevenir um dano.

O presente dado por Rico é um exemplo de benefício puro. E quanto a causar a existência de alguém? Se causar a existência de uma pessoa pode ser considerado um benefício, não é um benefício similar à prevenção/negação de um dano – a pessoa não existiria de outra maneira, então, a não ser que consideremos a não-existência como uma condição danosa, a pessoa não está protegida de um dano por ser colocada no mundo.

Portanto, causar a existência de alguém, se for um benefício, é um benefício puro. Contudo, como nos mostra o exemplo, benefícios puros não podem compensar os danos no cálculo moral.

Assim, se a ação de uma pessoa P causa a existência de outra pessoa Q em uma situação ruim, P causou dano a Q. Isso é chamado de “Visão do Estado Negativo”²⁹².

O problema com a *Visão do Estado Negativo* é que, apesar de nos dar uma visão correta do que é estar em uma situação de dano, não explica o que significa *causar dano*.

A proposta de Hanser²⁹³ é que se deve fazer a consideração sobre o dano em dois passos: A causa dano a B agindo de certa maneira. A atitude de A de alguma maneira o coloca em uma relação R com um dano sofrido por B.

Poder-se-ia dizer que a relação R é apenas uma relação de causalidade direta. Contudo, Hanser utiliza o seguinte exemplo para explicar que é mais do que mera causalidade: um médico realiza uma operação em um paciente para reduzir sua miopia. A operação é bem-sucedida. A visão do paciente melhora de 20/250 para 20/200. Contudo, uma visão 20/200 continua sendo considerada uma deficiência.

²⁹² Idem.

²⁹³ HANSER, M. **Harming and procreating. Harming future persons**. New York City: Springer, 2009, p. 155-178.

Se a relação R é de mera causalidade, o médico causou dano ao paciente. Mas sua conduta concede um benefício significativo (que não é um *benefício puro*), que diminui o dano maior de ter uma miopia mais forte. Portanto, é um caso paradigma de dano justificado.

Aqui, se poderia reintroduzir um elemento comparativo na definição de dano: A causa dano a B se sua ação leva B a uma situação ruim particular (no que diz respeito a uma dimensão particular) e, se A não tivesse realizado a ação, B estaria em um estado melhor (no que diz respeito a essa mesma dimensão).

Jacobs²⁹⁴ argumenta que causar dano à pessoa B é justificável quando esse dano previne um dano maior. Não é aceitável quando os benefícios poderiam ser atingidos sem causar dano. A relevância das alternativas em justificar a decisão de escolher dar à luz uma criança específica em vez de outra pode ser chamada de *Princípio da Substituição*.

Pelo *Princípio da Substituição*, A está causando dano a B ao levá-lo a existir em um estado previsivelmente ruim se reunidas três condições, quais sejam: a) A poderia ter causado a existência de C no lugar de B; b) C previsivelmente teria uma vida com os mesmos benefícios que B; c) C previsivelmente não estaria em um estado ruim.

Se criar uma criança deficiente intencionalmente é reprovável, deve-se ter uma justificativa forte para escolher esse caminho em vez de outras alternativas.

São possíveis razões para os pais não escolherem uma criança saudável em vez de uma criança deficiente: ignorância sobre o risco de passar uma mutação à criança; falta de opções; desejo de reproduzir naturalmente; não querer brincar de Deus; não considerar a deficiência como um estado de dano.

Obviamente, se uma pessoa não sabe que carrega uma mutação e não se poderia razoavelmente esperar que ela soubesse, não se pode culpá-la por passar essa mutação a uma criança.

²⁹⁴ *Op. cit.*, p. 698.

Na mesma linha, se um casal simplesmente não pode pagar por assistência reprodutiva e, assim, escolher ter um filho saudável, não se pode considerar que sua ação é tão errada quanto escolher ter uma criança deficiente.

O desejo de reproduzir naturalmente ou o ato de não querer brincar de Deus podem ser fatores muito importantes na tomada de decisões reprodutivas para os pais, pois carregam carga moral. De toda forma, argumenta Jacobs que essas não são razões fortes o suficiente para derrubar o *Princípio da Substituição*²⁹⁵.

A última das razões – os pais não considerarem a doença como um estado de dano – requer que se responda à pergunta “o que é um estado ruim?”.

Jacobs sugere cinco situações que configuram um “estado ruim”: 1. Quando a experiência da criança cai abaixo de um certo patamar de normalidade; 2. Quando a experiência da criança está abaixo de um patamar minimamente decente; 3. Quando existe um abismo entre a vontade da pessoa e sua experiência; 4. Morte prematura, deficiência, desfiguração ou dano à saúde; 5. Um estado em que uma pessoa fortemente preferiria não estar²⁹⁶.

A partir das definições trazidas por Jacobs, se poderia dizer que muitas doenças genéticas seriam estados de dano.

Por fim, Jacobs chega no estudo de Julian Savulescu e a visão do *Benefício Procriativo*: se um casal decide ter um filho e é possível escolher como ele será, então esse casal tem uma razão moral significativa para escolher a criança, entre as possíveis, cuja vida, espera-se, à luz das informações disponível, será melhor ou, ao menos, não será pior do que qualquer uma das outras²⁹⁷.

A diferença crucial entre ter uma deficiência e estar em uma condição do tipo “não ser o mais esperto”, ou “não ser o mais bonito”, é que essas condições não prejudicam o desenvolvimento da pessoa.

²⁹⁵ Idem.

²⁹⁶ Idem.

²⁹⁷ Ibidem, p. 699.

Estudos sobre qualidade de vida mostram que pessoas com várias deficiências de desenvolvimento, como a Síndrome de Down, podem ter vidas completas e fartas, mas, em média, possuem uma qualidade de vida menor do que aqueles que não possuem essas deficiências. Eles enfrentam obstáculos específicos ao desenvolvimento – alguns inerentes à condição e muitos relacionados à maneira como a sociedade trata a deficiência.

Assim, Jacobs conclui que, se a condição genética está abaixo do limiar da normalidade, existe um obstáculo genuíno ao desenvolvimento, enquanto que se estiver acima do patamar, o fato de estar levemente pior do que o normal não é um obstáculo real ao desenvolvimento da pessoa²⁹⁸.

Teorias sobre a *wrongful life* alegam que a imposição a uma criança de uma existência sem qualidade de vida pode constituir um ato de causar dano e uma violação dos direitos da criança. Essa ideia de que há vidas indevidas pode ser intuitivamente interessante. Por exemplo, pode ser natural pensar que, quando os pais deixam de seguir orientação médica e têm um filho cuja vida terá um sofrimento constante, essa criança é vítima do ato de seus pais²⁹⁹.

Contudo, aqueles que defendem teorias da *wrongful life* acabam comprometendo algumas de suas outras crenças, pois vão se comprometer com o argumento de que algumas mulheres estão submetidas a um dever moral de abortar: um dever que poderia, sem injustiça, ao menos às vezes, ser garantido pelo Estado. Em outras palavras, essas teorias implicam que algumas mulheres não terão direito de escolha³⁰⁰.

Assim, se estaria diante de um dilema entre negar o direito de o feto de não ser submetido a uma existência danosa, ou o direito de as mulheres recusarem um aborto.

De toda forma, os teóricos da *wrongful life* tendem a não explorar ou mesmo a aceitar a existência dessa implicação em suas visões, salvo raras exceções.

²⁹⁸ Idem.

²⁹⁹ WILLIAMS, Jeremy. Wrongful life and abortion. **Res Publica**, December 2010, Volume 16, Issue 4, p. 351-352.

³⁰⁰ Ibidem, p. 352.

É o caso de Kamm, que diz que, se tem um período da gestação em que o feto carece de status moral, subjugar as mulheres com um dever de abortar para prevenir uma vida danosa “poderia ter algum mérito”³⁰¹.

Além disso, Shiffrin, em uma nota de rodapé, afirma que um problema com a *wrongful life* consiste na carga de que “os pais não deviam ter concebido ou deviam ter abortado”³⁰².

Por fim, David Benatar defende o que ele chama de visão “pró-morte”, segundo a qual, ao menos nos primeiros estágios da gravidez, é “preferível” que uma mulher tenha um aborto a deixar uma criança existir em situação danosa. Seu argumento é o seguinte:

Meu argumento não é simplesmente de que mulheres grávidas têm o privilégio de poder abortar (nos estágios iniciais). Eu defendo uma alegação mais forte, de que o aborto (durante esses estágios) seria preferível a carregar o feto até o final. Isso não é o mesmo que argumentar que abortos deveriam ser forçados... ao menos agora nós devemos reconhecer um direito à liberdade reprodutiva... portanto, minhas conclusões deveriam ser vistas como recomendações sobre como uma mulher grávida deveria fazer uso da liberdade de escolher entre abortar e não abortar³⁰³.

A posição de Benatar, obviamente, não passa imune a críticas. Ele falha em reconhecer quão radicais são as implicações das teorias da *wrongful life* para os direitos reprodutivos da mulher. Primeiramente, enquanto alega que seria apenas “preferível” que uma mulher aborte para evitar causar dano a uma pessoa futura, essas teorias, na verdade, implicam, mais fortemente, que aborto é, em alguns casos, compulsório.

Segundo, ele alega que o direito de escolher deveria ser respeitado. Ainda assim, como alega J. Williams³⁰⁴, teorias da *wrongful life* sugerem que não seria, ao menos em alguns casos, injusto que o Estado venha a tolher esse direito.

³⁰¹ KAMM, F. M. **Creation and abortion**. New York: Oxford University Press, 1992, p. 173.

³⁰² SHIFFRIN, Seana Valentine. *Wrongful Life, procreative responsibility and the significance of harm*. **Legal Theory**, v. 5, 1999, p. 117.

³⁰³ BENATAR, David. **Better Never to Have Been**. Oxford: Clarendon Press, 2006, p. 161-162 (tradução nossa).

³⁰⁴ *Op. cit.*, p. 352.

Consideremos, agora, a criança que Parfit chama de A Criança Desventurada: “uma mulher sabe que, se ela tiver um filho, ele será tão doente que sua vida vai ser pior que nada. Ele nunca vai se desenvolver, vai viver por apenas uns poucos anos, e vai sofrer uma dor que não vai conseguir aliviar por inteiro”³⁰⁵.

A Criança Desventurada de Parfit certamente não tem qualquer chance de uma existência desejável. Muitas pessoas, inclusive, cujas vidas são desejáveis, também não tiveram, ao nascer, segundo Parfit, essa chance. Um exemplo trazido pelo autor é A Criança Paraplégica: uma mulher possui uma condição de saúde, P, que, para ela, é assintomática, a qual vai desaparecer em dois meses. É-lhe afirmado que, se ela conceber uma criança enquanto tem P, vai passar a doença para o feto, que nascerá paraplégico. Apesar de que, ao longo da vida, a criança vai ter sua mobilidade restrita, além de outros efeitos negativos, sua vida vai valer a pena ser vivida. Se ela esperar dois meses, ela pode conceber uma criança diferente, a qual terá condições de saúde normais³⁰⁶.

Suponhamos que essa mulher não espera e tem a Criança Paraplégica. O senso comum afirma que, como no caso da Criança Desventurada, ela age de maneira errada, ao fazer o que é danoso a sua criança.

Contudo, esse julgamento de senso comum é baseado no Problema da Não-Identidade de Parfit. Conforme esse problema, a Criança Paraplégica não sofre dano pelo que a mulher fez, já que ela não poderia ter existido sem ser paraplégica. Apesar de que a mulher poderia ter concebido mais tarde, ela teria tido uma criança diferente. Isso não teria sido melhor para a Criança Paraplégica.

Portanto, ela não poderia reclamar da escolha de sua mãe.

Confrontados com o Problema da Não-Identidade, os apoiadores da *Wrongful Life* tendem a adotar uma de duas estratégias.

Um primeiro grupo, encabeçado por Feinberg e Buchanan, aceita a força do Problema da Não Identidade e conclui que uma queixa de *Wrongful Life*

³⁰⁵ PARFIT, Derek. *Op. cit.*, p. 391 (tradução nossa).

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 367.

só é apropriada onde a vida da criança é pior do que nada, numa teoria minimalista da *Wrongful Life*³⁰⁷.

Um segundo grupo, encabeçado por Benatar, Kamm e Shiffrin, argumenta no sentido de que a Não-Identidade não é uma barreira a que se considere que a Criança Paraplégica é uma vítima da conduta de seus pais. Em seu ponto de vista, não é necessário, para que uma pessoa seja prejudicada por ser levada à existência, que ela seja prejudicada em todos os aspectos, como os minimalistas alegam, bastando que se atente contra interesses específicos³⁰⁸.

Shiffrin cita, conforme dito alhures, o caso do benfeitor que solta um cubo de ouro de uma grande altura, quebrando o braço de alguma pessoa, ao mesmo tempo em que a torna muito mais rica³⁰⁹.

Os filósofos que alegam que o ato de causar a existência pode causar prejuízo a uma criança mesmo que ela tenha uma vida que vale a pena ser vivida devem munir sua visão com um patamar no qual ela conta como uma existência danosa, para concluir que a procriação é sempre contestável.

De toda forma, Williams cita, ainda, uma terceira posição: a visão radical. Essa é uma visão que se recusa a desenhar um patamar do que conta como uma existência danosa, abraçando a conclusão de que toda procriação voluntária é errada³¹⁰.

Os teóricos da *wrongful life* estão implicitamente ligados à conclusão de que, em muitos casos, uma mulher que concebe um feto para quem a existência seria danosa está sob, pelo menos, um dever *prima facie* de tentar um aborto nas primeiras semanas, já que, quando uma pessoa causa dano a outra, ela adquire um dever especial, devido à vítima, de desviar o dano, se possível.

Agora, se não se realiza um aborto nas primeiras semanas de gravidez e o feto adquire atividade cerebral, ele ordinariamente vai adquirir um interesse em continuar sua vida, de forma que não haverá razão para abortá-lo para seu próprio bem. Contudo, ainda há uma exceção se a mulher está

³⁰⁷ WILLIAMS, Jeremy. *Op. cit.*, p. 355.

³⁰⁸ Idem.

³⁰⁹ SHIFFRIN. *Op. Cit.*, p. 127.

³¹⁰ WILLIAMS, Jeremy. *Op. cit.*, p. 355.

carregando um feto cuja vida pós-natal será pior que nada. Nesses casos, o futuro do feto não possui nenhuma boa perspectiva, pois nunca adquirirá interesse em uma existência continuada, e não sofrerá dano em caso de um aborto tardio. Pelo contrário, o aborto aqui preveniria que o feto sofresse um dano que sobreviria após seu nascimento³¹¹.

O aborto carrega um significativo risco à saúde da mulher, pois pode envolver intervenção cirúrgica com anestesia geral. E mesmo quando os riscos médicos são extremamente baixos, como em um aborto químico, o trauma emocional a uma mulher que não queria abortar poderia ser devastador. Assim, a mais óbvia objeção aos argumentos até aqui traçados é no sentido de que, uma vez que há esses riscos, nenhuma mulher é obrigada a se submeter a eles para impedir que seu filho nasça e sofra dano.

Williams rebate esse argumento sob os auspícios de que ele favorece a necessidade de prevenir os prejuízos de se socorrer alguém que está em perigo não causado pela mãe em detrimento da necessidade de evitar causar dano a outrem, sendo que os prejuízos neste caso são maiores que naquele³¹².

Outro problema está no fato de que impor à mulher a obrigação de aceitar os riscos envolvidos em um procedimento de aborto ignora o fato de que ela não causou essas condições sozinha. Sendo assim, se poderia questionar essa obrigação moral no sentido de que é injusto obrigar que a mulher, sozinha, sofra os prejuízos de evitar o dano que está por vir.

Supondo que ambos os pais sabiam que sua criança seria prejudicada pelo nascimento, mas, ainda assim, optaram por concebê-la. Um apelo à responsabilidade do pai pela existência do feto pode mostrar que, uma vez que a mulher não causou o dano sozinha, só se pode esperar que ela suporte prejuízos equivalentes à metade dos prejuízos que a criança poderia sofrer.

Contudo, tal posicionamento não poderia prosperar, conforme a filosofia de Derek Parfit. É o que ele chama de primeiro erro na matemática da moral, que vai chamar de visão da parte do total. Nessa visão, o dano pelo qual

³¹¹ Ibidem, p. 356.

³¹² Ibidem, p. 357.

somos individualmente responsáveis quando agimos em grupo é o dano total, dividido pelo número de pessoas que agiram.

Entretanto, essa visão costuma produzir os resultados errados.

Para explicar, considere-se o seguinte exemplo:

Dois torturadores estão prestes a causar dor em alguém por meio de um dispositivo eletrônico. Se o primeiro torturador apertar o botão A, a vítima vai sofrer 65 unidades de dor. Contudo, se ele apertar o botão B, ele vai abrir um circuito que é necessário, mas insuficiente, para que uma outra vítima sofra 100 unidades de dor. A outra condição para que isso ocorra é que o outro torturador também aperte um botão similar. No caso, os dois torturadores apertam os respectivos botões, causando à vítima as 100 unidades de dor.

Com fulcro na visão da parte do total, se poderia dizer que, ao apertar o botão B e quando o outro torturador também o faz, cada um seria responsável por causar 50 unidades de dor. Com base nessa visão, o primeiro torturador agiu de maneira menos prejudicial que se tivesse apertado o botão A e causado 65 unidades. Contudo, esse resultado está equivocado, pois, graças ao que o primeiro torturador fez ao apertar o botão B, alguém sofreu uma dor maior. Se ele não o tivesse feito, a vítima não teria sofrido qualquer dor, mesmo que o segundo torturador tivesse apertado seu botão. Assim, haveria um erro crasso em julgar que a pessoa causou menos dor por ter apertado o botão B.

Na mesma linha, dizer que a mãe não deve suportar sozinha os prejuízos causados por um aborto pelo fato de que o pai também participou da concepção da criança é um argumento que cai por terra com base na filosofia de Derek Parfit.

Até aqui, discutimos a querela apenas no campo da moral e da ética. Nas próximas linhas, traremos a discussão para a esfera jurídica, deixando de responder à pergunta “existe um dever de abortar?” para responder a uma pergunta mais complexa: existe um dever legal de abortar?

Os teóricos que defendem a *wrongful life* são simpáticos à imposição legal, ao menos ao assumir que seria praticamente exequível e não iria

prejudicar objetivos morais mais urgentes. Na verdade, quando o elemento jurídico entra em discussão, se discute mais sobre como executar esse dever do que quanto à juridicidade ou não da obrigação de abortar³¹³.

Sendo assim, discute-se sobre a melhor forma de executar esse dever de abortar.

A princípio, a responsabilidade civil poderia ser melhor, já que permite que a parte que sofreu o dano possa decidir se está ou não em seu interesse iniciar o procedimento. No entanto, a responsabilidade civil também apresenta um problema, qual seja, em casos em que a vida da vítima não vale a pena ser vivida, não há muito motivo para começar um processo civil, pois parte do significado de uma vida que não vale a pena é justamente que o sofrimento da vítima não pode ser satisfatoriamente aliviado ou compensado³¹⁴.

Contudo, se não há incentivo ao ajuizamento da ação cível em tais casos, alguns dos autores dos danos escapariam da punição. Isso leva alguns teóricos a se inclinarem para a responsabilidade criminal (a qual eles também acham que se comunica melhor com a gravidade do dano).

O problema nisso tudo nos é apresentado por Allen Buchanan , que afirma que o uso da força estatal para forçar um aborto em uma mulher que não quer abortar seria tão profundamente invasivo à sua liberdade reprodutiva, integridade corporal e direito de decidir sobre sua própria saúde a ponto de nunca ser moralmente justificado.

Além disso, Benatar traz mais dois argumentos nesse sentido, quais sejam, a inutilidade de coagir a mãe a abortar, bem como a inexistência de um entendimento pacífico sobre poder a existência ser um dano e, em caso de se admitir essa possibilidade, qual a extensão desse dano.

De toda forma, partindo do pressuposto que se admita a existência de um dever jurídico de abortar, deve-se estabelecer, outrossim, os limites da responsabilidade da mãe. Segundo Williams, isso se faz por intermédio de três perguntas: qual o grau de consciência da mãe sobre a concepção (foi realizada

³¹³ Ibidem, p. 360.

³¹⁴ Idem.

intencionalmente ou foi um acidente? Houve negligência?)? Qual o grau de risco de a criança sofrer dano se for permitido que ela venha a nascer? Quão ciente estava a mulher desse risco?³¹⁵

Outro autor de cuja doutrina podemos nos socorrer para tratar dessa temática é Michael Sandel, que lembra a história de um casal de mulheres homossexuais que decidiu ter um filho surdo. Consideravam a surdez um traço de identidade cultural, em vez de uma deficiência. Para conceber o filho surdo, procuraram um doador de sêmen cujas últimas cinco gerações da família fossem surdos. Deu certo: o filho nasceu surdo. Contudo, o casal foi muito criticado pela sociedade³¹⁶.

Diante desse caso, Sandel indaga:

Será errado ter um filho surdo de propósito? Se sim, o que torna isso errado – a surdez ou o propósito? Suponhamos, a título de argumentação que a surdez não seja uma deficiência, e sim um traço distinto de identidade. Ainda assim, haveria algo de errado na ideia de os pais escolherem o tipo de filho que desejam ter?³¹⁷.

Após tal indagação, o autor relembra outro caso, um pouco diferente, em que se publicou um anúncio em jornais universitários de algumas das mais renomadas universidades estadunidenses, segundo o qual um casal infértil procurava doadora de óvulos que tivesse mais de 1,80m de altura, fosse atlética, não tivesse maiores problemas médicos no histórico familiar e tivesse notas excepcionais. O casal estava disposto a pagar 50 mil dólares pela doação. Ao contrário do caso do casal que queria um filho surdo, não houve nenhum tipo de comoção, ninguém afirmou que as crianças deviam ser poupadas de altura, porte atlético, inteligência³¹⁸.

Querela similar à discussão sobre um eventual dever de abortar fetos que não são “perfeitos” é a do uso da engenharia genética para “melhoramentos”. Segundo Sandel,

as descobertas da genética nos apresentam a um só tempo uma promessa e um dilema. A promessa é que em breve seremos capazes de tratar e prevenir uma série de doenças debilitantes. O dilema é que

³¹⁵ Ibidem p. 364.

³¹⁶ SANDEL, Michael J. **Contra a perfeição**. Ética na era da engenharia genética. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 15.

³¹⁷ Ibidem, p. 16.

³¹⁸ Ibidem, p. 16-17.

nosso recém-descoberto conhecimento genético também pode permitir a manipulação de nossa própria natureza – para melhorar nossos músculos, nossa memória e nosso humor; para escolher o sexo, a altura e outras características genéticas de nossos filhos; para melhorar nossas capacidades física e cognitiva³¹⁹.

Sandel alerta para a necessidade de valorizar filhos como dádivas e aceitá-los como são, não como objetos de nossa vontade ou ambição. O amor dos pais, segundo o autor, não pode depender dos talentos e atributos do filho, posto que, ao contrário de amigos e parceiros sexuais, não se pode escolher os filhos, cujas qualidades são imprevisíveis³²⁰.

O autor ainda afirma que o problema maior reside no fato dos chamados pais projetistas, que fazem questão de controlar o nascimento dos filhos, desfigurando a relação paterno-filial, privando os pais da humildade e do aumento da empatia humana que essa abertura ao inesperado com relação ao filho pode promover³²¹.

Querer controlar as características genéticas da criança é diferente, por exemplo, de quando o filho adoece e os pais cuidam de sua saúde, pois, neste caso, eles não estão convertendo sua prole em instrumento de suas vontades, ao contrário, por exemplo, de pais que pagam para escolher o sexo do filho, ou desejam escolher os dotes intelectuais e competências esportivas das crianças. Vale lembrar que “os pais que desejam melhorar os filhos têm mais probabilidade de exagerar, de expressar e defender atitudes que vão contra o princípio do amor incondicional”³²².

Além de tudo, há que se lembrar da questão da eugenia, não só em seu modelo clássico proposto por Galton em 1883, mas, também, na chamada “eugenia de livre mercado” e, ainda, a chamada “eugenia liberal”, tão criticada por Habermas.

O termo eugenia, que significa “bem-nascido”, foi cunhado pelo primo de Charles Darwin, sir Francis Galton, que fundou um movimento que tinha a

³¹⁹ Ibidem, p. 19.

³²⁰ Ibidem, p. 59.

³²¹ Ibidem, p. 60.

³²² Ibidem, p. 62.

ambição de aprimorar geneticamente a raça humana³²³. A ideia era que pessoas com melhores condições de saúde e inteligência só se reproduzissem com iguais, de maneira a “acelerar” a seleção natural de espécies.

O pensamento de Galton rapidamente chegou nos EUA, onde, em 1910, o biólogo Charles Davenport abriu o *Eugenic Records Office*, em Cold Spring Harbor, Long Island, que tinha, por missão, coletar dados sobre os antecedentes genéticos de pessoas em prisões, hospitais, asilos para pobres e manicômios de todo o país³²⁴.

Apesar de parecer um projeto impopular, levado a cabo por uma minoria racista, o trabalho foi financiado pela Carnegie Institution, por E. H. Harriman, viúva e herdeira do magnata das ferrovias da Union Pacific e por John D. Rockefeller Jr. O ex-presidente dos EUA, Theodore Roosevelt, teria escrito uma carta a Davenport no sentido de que os “cidadãos de bem” deveriam perpetuar sua espécie e os “cidadãos do tipo errado” deveriam ser impedidos de se reproduzir. Na mesma linha, Margaret Sanger, uma das pioneiras do movimento feminista, teria dito que a principal questão do controle de natalidade seria que pessoas “qualificadas” tivessem mais filhos do que as “menos qualificadas”³²⁵.

O *lobby* da eugenia foi tão grande no legislativo estadunidense que, em 1907, o estado de Indiana adotou a lei de esterilização compulsória para pacientes mentais, presos e miseráveis, sendo seguido por mais vinte e nove estados estadunidenses, de forma que mais de 60 mil pessoas consideradas “defeituosas” foram esterilizadas. A constitucionalidade dessas leis foi questionada junto à Suprema Corte no caso *Buck versus Bell*, em 1927, e o Judiciário entendeu que as leis eugênicas não afrontavam a ordem constitucional³²⁶.

Enquanto isso, na Alemanha, Adolf Hitler escrevia o famoso livro “Minha Luta”, em que defendia que pacientes deficientes fossem impedidos de

³²³ KEVLES, Daniel J. **In the name of eugenics**. Cambridge: Harvard University Press, 1995, p. 3-19.

³²⁴ SANDEL, Michael J. *Contra...*, p. 78.

³²⁵ Idem.

³²⁶ Ibidem, p. 79.

propagar seus genes, tendo filhos deficientes. Hitler entendia a eugenia como um ato humano, poupando milhões de pessoas de sofrimento desmerecido e, por via de consequência, defendia que haveria uma melhoria da saúde pública³²⁷.

Com o fim da Segunda Grande Guerra, as notícias sobre as atrocidades cometidas pelo regime nazista levou o movimento eugenista estadunidense a recuar e, no começo dos anos 2000, depois de jornalistas investigativos levarem a público as crueldades eugenistas do passado, estados como Oregon, Virgínia, Califórnia, Carolina do Norte e Carolina do Sul fizeram pedidos formais de desculpas para as vítimas da esterilização compulsória³²⁸.

Não obstante, em que pese o recuo da eugenia em sua versão “clássica”, surgiu, posteriormente, uma “eugenia de livre mercado”.

Na década de 1980, o então primeiro-ministro de Cingapura, Lee Kuan Yew, preocupado com o fato de as mulheres com mais estudo terem menos filhos do que as menos letradas em seu país, promoveu políticas públicas a fim de encorajar universitários a casarem-se e terem filhos: havia um serviço estatal de namoro *online*, incentivos financeiros para mulheres letradas terem filhos, disciplinas sobre namoro no currículo das universidades e até mesmo passeios românticos de barco gratuitos. Em contrapartida, o governo oferecia 4 mil dólares para quitar a entrada de apartamentos de baixo custo para mulheres que se submetessem à esterilização voluntária³²⁹.

O que dá esse caráter de “livre mercado” a essa modalidade de eugenia é o fato de, aqui, a esterilização não ser compulsória. Pelo contrário, as pessoas são pagas e aceitam voluntariamente ser esterilizadas.

Outra situação que pode ser entendida como “eugenia de livre mercado” é aquela dos pais que ofereciam 50 mil dólares pelos óvulos de uma doadora que tivesse as características que eles queriam para o filho ou filha, ou,

³²⁷ HITLER, Adolf. **Mein Kampf**, v. 1. Trad. Ralph Manheim. Boston: Houghton Mifflin, 1943, p. 255.

³²⁸ BLACK, Edwin. **War against the weak**. Nova York: Four Walls Eight Windows, 2003, p. 400.

³²⁹ CHAN, C. K. Eugenics on the Rise: A Report from Singapore. In: CHADWICK, Ruth F. **Ethics, Reproduction and Genetic Control**. Londres: Routledge, 1994, p. 164-171.

ainda, outro caso citado por Sandel, em que foi lançado um *website* que leiloava óvulos de modelos, cujos lances iniciais variavam entre 15 mil e 150 mil dólares³³⁰.

Segundo o autor, “se o mercado de óvulos *premium* provoca mal-estar moral, é porque mostra que as intenções eugênicas não foram deixadas de lado com a liberdade de escolha”³³¹.

Sandel ilustra isso com a história de dois bancos de sêmen: um primeiro, o *Repository for Germinal Choice*, era um empreendimento sem fins lucrativos, que almejava coletar o sêmen de cientistas ganhadores do Prêmio Nobel e disponibilizá-los para mulheres em busca de doadores. Contudo, os doadores almejados não se disponibilizaram a doar seu material genético e o empreendimento fechou em 1999.

O segundo, o *California Cryobank*, um dos maiores bancos de sêmen do mundo, é uma empresa sem missão eugenista, mas que impõe padrões muito exigentes para seus doadores, colocando anúncios em busca de doadores em jornais universitários, mas aceitando menos de 3% dos doadores que se candidatam. Seu catálogo de doadores fornece informações detalhadas sobre características físicas e área de formação acadêmica de cada doador e, por uma taxa extra, os consumidores podem até mesmo comprar os resultados de um teste que garante o temperamento e o tipo de personalidade de cada doador.

A conclusão a que Sandel chega sobre os dois bancos de sêmen é no sentido de que, independentemente da finalidade – se perpetuar os genes de pessoas “melhores” ou meramente atender preferências de consumo –, ambas as práticas são eugenistas³³².

Além da eugenia de livre mercado, há uma escola filosófica anglo-americana relativamente influente, que fala em “eugenia liberal”, que trata de melhoramentos genéticos não obrigatórios, que não restringiriam a autonomia da criana. Ao passo que os antigos eugenistas procuravam produzir cidadãos a partir de um único molde ditado pelo Estado, a eugenia liberal teria como marca

³³⁰ SANDEL, Michael J. *Contra...*, p. 85.

³³¹ Idem.

³³² Ibidem, p. 85-87.

a neutralidade estatal³³³. Assim, nem o governo pode ditar as crianças que podem ser projetadas, nem os pais podem prejudicar as escolhas de vida dos filhos, projetando apenas traços que melhorem suas capacidades.

Sobre a eugenia liberal, Dworkin afirma não haver nada de moralmente equivocado no desejo de procurar aumentar a longevidade e os talentos e, por conseguinte, as conquistas das novas gerações. Pelo contrário, afirma que o primeiro princípio do individualismo ético comanda a luta pela melhoria da espécie³³⁴.

Na mesma linha, Rawls, em sua *Teoria da Justiça*, afirma que as partes do contrato social almejam assegurar que seus descendentes tenham o melhor dote genético possível, de forma que as políticas eugenistas, além de permissíveis, seriam, por uma questão de justiça, necessárias. Dessa maneira, no entender do autor, a tendência é que a sociedade caminhe rumo à preservação do nível geral de habilidades naturais e prevenção da difusão de defeitos genéticos graves³³⁵.

Dessa maneira, a eugenia liberal, ao contrário das demais, não é um movimento que almeja a reformar a sociedade, mas apenas a ser uma maneira dos pais terem o tipo de filho que desejam e prepará-los para serem bem sucedidos em uma sociedade cada vez mais competitiva³³⁶.

Contudo, alerta Sandel que “dado que é papel dos pais promover o bem-estar dos filhos (sempre respeitando seu direito a um futuro em aberto), tais melhoramentos não se tornam somente aceitáveis, mas obrigatórios. Da mesma forma que o governo pode exigir que os pais mandem os filhos para a escola, pode exigir que eles utilizem tecnologias genéticas (desde que seguras) para aumentar o QI dos filhos”³³⁷.

³³³ AGAR, Nicholas. Liberal Eugenics. In: KUHSE, Helga; SINGER, Peter. **Bioethics: an anthology**. New Jersey: Blackwell, 1999, P. 171.

³³⁴ DWORKIN, Ronald. Playing God: Genes, Clones and Luck. In: DWORKIN, Ronald. **Sovereign Virtue**. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 452.

³³⁵ RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1971, p. 107-108.

³³⁶ SANDEL, Michael J. *Contra.....*, p. 89-90.

³³⁷ *Ibidem*, p. 90.

Jürgen Habermas se opõe à eugenia liberal. Ele concorda com Rawls no sentido de que, uma vez que as pessoas nas sociedades hodiernas discordarem quanto a questões morais e religiosas, o certo seria conferir a cada sujeito a liberdade de escolher sua própria concepção do que seria bom³³⁸.

Em contrapartida, o alemão afirma que a intervenção genética para selecionar, ou mesmo apenas para melhorar, as crianças viola sua autonomia, vez que pessoas geneticamente programadas não podem se ver como os únicos autores de sua história de vida³³⁹, bem como restariam prejudicadas as relações intergeracionais simétricas³⁴⁰.

Sandel comenta esse posicionamento de Habermas, no sentido de que ele estaria correto em se opor à eugenia parental, mas não ao argumentar contra ela usando apenas termos liberais. Além disso, afirma que a preocupação sobre a equidade intergeracional nas relações não diz respeito apenas à engenharia genética, podendo ser aplicada, também, aos pais que obrigam seu filho a praticar piano ou tênis, por exemplo³⁴¹.

De toda maneira, o próprio Sandel recorda de outro argumento da filosofia habermasiana, no sentido de que, “para pensar que somos livres, precisamos ser capazes de imputar nossas origens a ‘um início que escapa ao controle humano’, um início que surge de ‘algo – como Deus ou a natureza – que escapa ao controle de *outro* indivíduo’. Habermas continua e sugere que o nascimento, ‘por ser um fato natural, atende aos requisitos conceituais de constituir um início que não podemos controlar. A filosofia raramente aborda essa questão”³⁴².

Habermas, ao defender essa necessidade de ligação a algo não subordinado ao controle de outrem, leva à conclusão de que a criança geneticamente projetada está em dívida e subordinada aos seus pais (outros

³³⁸ HABERMAS, Jürgen. **The future of human nature**. Oxford: Polity Press, 2003, p. vii, 2). Também disponível na versão em português: HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Optamos, nesta parte do trabalho, por priorizar a tradução inglesa.

³³⁹ Ibidem, p. 79.

³⁴⁰ Ibidem, p. 23.

³⁴¹ SANDEL, Michael J. *Contra...*, p. 92.

³⁴² Ibidem, p. 92-93. HABERMAS, Jürgen. *The future...*, p. 58-59.

indivíduos), ao passo que uma criança nascida da total aleatoriedade genética (aleatoriedade que, obviamente, não é absoluta, vez que restrita à combinação genética dos pais) não está subordinada a ninguém e, portanto, é mais livre³⁴³.

Sendo assim, a eugenia liberal, na realidade, castraria a liberdade das pessoas “melhoradas” geneticamente.

Ainda não há, pelo que se percebe, estudos conclusivos sobre um dever de abortar, seja em sede moral, seja em sede legal. De toda forma, entendemos que não pode uma mulher grávida ser compelida a abortar o feto, não importa o tipo de deficiência que ele possa ter, pois, se há uma coisa que a História nos ensinou, é que a eugenia é uma filosofia, para dizer o mínimo, perigosa, vez que justificou as conhecidas atrocidades cometidas pelo regime nazi-fascista e pelo regime socialista.

³⁴³ SANDEL, Michael J. *Contra...*, p. 93.

Capítulo 3: Da problemática da vida como dano no ordenamento jurídico brasileiro

*Empty they say
Death, won't you let me stay?
(Metallica – Cyanide)*

3.1 Da vulnerabilidade informacional do consumidor ao consentimento informado em direito médico

Considerando que, no presente capítulo, trataremos a discussão para o ordenamento jurídico brasileiro e toda a querela gravita em torno de o obstetra não ter informado à mãe sobre a deficiência congênita do bebê que poderia lhe ensejar um aborto e levando em consideração, ainda, que, no caso, a paciente é uma consumidora e o próprio bebê pode ser considerado um consumidor, ainda que *bystander*³⁴⁴, trataremos, nas próximas linhas, do consentimento informado (ou esclarecido) em matéria de direito médico, a partir de uma ótica de direito do consumidor.

Trataremos, agora, da vulnerabilidade informacional, passando, antes, pelo conceito *lato sensu* de vulnerabilidade, para chegar ao direito à informação no Código de Defesa do Consumidor. A partir daí, se poderá atingir o fim almejado com este trabalho que é encontrar a base do direito à informação na área médica.

Antes de tratar especificamente sobre a vulnerabilidade informacional, bem como o do próprio direito à informação, faz-se necessário abordar o tema “vulnerabilidade”, bem como suas espécies.

Quando se fala em “pessoa”, há que se ter em mente que esse conceito, por si só, não constitui instituto jurídico, mas mera essência em matéria de solidariedade – e, aqui, cabe a lição de Perlingieri e Femia, no sentido de que a pessoa é inseparável da solidariedade, sendo que o cuidado com o outro faz

³⁴⁴ O consumidor *bystander* é a vítima do acidente de consumo, conforme art. 17 do CDC.

parte do próprio conceito de pessoa³⁴⁵ –, a qual possui a capacidade de “criar” o direito, conforme magistério de Menezes Cordeiro, no sentido de que

o direito surge como obra humana, é utilizado por pessoas, serve aos seus interesses e os seus fins e sofre as vicissitudes que a Humanidade lhe queira imprimir. Neste sentido, a pessoa humana não constitui qualquer instituto jurídico³⁴⁶.

Inclusive, insta salientar que

esse sujeito real de direitos não é parte de situações jurídicas subjetivas tão somente nos limites territoriais do Estado onde mora, onde exerce as atividades dia-a-dia. [...] Na sociedade de consumo [...] está-se ante o ‘cidadão-mundo’ à mercê da hipercomplexidade informacional, da agressividade do mercado, de redutos e monopólios tecnológicos e, sobretudo, constantemente seduzido pelo consumismo insaciável e excludente³⁴⁷.

Nesse diapasão, os direitos humanos almejam ao resguardo vital dos consumidores, na medida em que são pessoas vulneráveis no mercado³⁴⁸. Além disso, lembra-se a transformação tanto axiomática quanto teleológica do direito internacional, o qual, paulatinamente, deixa de lado o foco em relações entre Estados, para se tornar núcleo de aplicação e concretude dos direitos humanos, em relações entre pessoas e Estados, conferindo, à pessoa, personalidade jurídica internacional, lançando-a à globalidade.

Acerca disso, cumpre mencionar a lição de Cançado Trindade, no sentido de que

ao longo da evolução do Direito Internacional contemporâneo, a personalidade jurídica internacional deixou de ser monopólio dos Estados. Tanto estes, como as organizações internacionais, como os seres humanos individual e coletivamente, são titulares de direitos e portadores de dever emanados diretamente do Direito Internacional³⁴⁹.

³⁴⁵ PERLINGIERI, Pietro; FERMI, Pasquale. **Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile** 2. ed. Napoli: Edizione Scientifiche italiane, 2004, p. 72.

³⁴⁶ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Tratado de direito civil português**. Parte Geral. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2007, p. 371.

³⁴⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues. Os lugares do direito do consumidor na pauta humanitária: em busca do modelo nomo-global de proteção aos vulneráveis. **Direito privado e policontextualidade**. Fontes, Fundamentos e Emancipação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 142-143.

³⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 33.

³⁴⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 1.102.

Além disso, nota-se que a consagração dos direitos humanos também resulta na releitura, readequação e ressignificação de vários ambientes necessários ao livre desenvolvimento da personalidade, os quais consistem em lugares de inscrição, promoção e inserção material do sujeito eticamente considerado, apresentando-se na tanto na dimensão política, quanto na dimensão econômica, moral, jurídica, setorial, individual, comunitária, *cyberespacial*, interna ou mesmo internacional³⁵⁰.

Por sua vez, a ciência jurídica se vê como *locus* de promoção dos sujeitos, por intermédio elementos próprios, quais sejam: legislação, doutrina, jurisprudência, etc. Ao mesmo tempo, o Direito também ocupa um lugar na globalidade, ao lado de outros sistemas, como o econômico, político e social, de onde interage de maneira interdisciplinar³⁵¹.

Adentrando um pouco mais dentro do sistema jurídico e chegando ao microsistema do direito do consumidor, temos que ele também é um lugar, onde se situa o vulnerável, servindo-lhe de *locus* onde encontrará os elementos normativos e positivos indispensáveis ao seu livre desenvolvimento, bem como onde, agora em um âmbito externo, o próprio sistema se encontra em uma plataforma social estratosférica, empoderando os consumidores em outros ambientes, principalmente o mercado.

Em um mundo globalizado, o estudo do mercado consumidor se faz muito importante, vez que a formação da aldeia global não possui consequências apenas econômicas, mas também efeitos jurídicos importantes nas sociedades capitalistas, especialmente no que diz respeito à democracia e à fixação de direitos e garantias fundamentais³⁵².

Nesse contexto, Iturraspe denuncia uma omissão estatal, conjugada a uma hipertrofia do mercado, que, ao avançar, leva a um recuo cada vez maior

³⁵⁰ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Os Lugares do Direito do Consumidor...*, p. 144-145.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 145-146.

³⁵² Sobre isso, ver, por todos, CUNHA, D Jason B. Della. **Crise do direito e regulação jurídica nos estados constitucionais periféricos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

do Estado³⁵³. Exemplo claro disso é o aplicativo *Uber*³⁵⁴, que substitui, cada vez mais, o uso dos táxis concessionários do serviço público de transportes, e até mesmo o próprio transporte público, que, no Brasil, tem gerado grande polêmica, vez que empresas de ônibus em todo o país têm notificado prefeituras para tomar ação contra serviços de mobilidade³⁵⁵.

Nesse ínterim, temos a pessoa consumidora como agente subjetivo e especial, compreendido em várias nuances: econômica – havendo que ponderar entre custos e benefícios ao comprar um produto ou contratar um serviço –. sociológica – havendo que se examinar hábitos de consumo, classes ou estilo de vida de consumidores, bem como separar a sociedade de consumidores da sociedade de produtores, o que estimula o consumismo –, psicológica – onde se encontra a *psychology of social shopping*³⁵⁶, que estuda as motivações e personalidades dos consumidores, bem como o juízo cognitivo destes ao consumir produtos e serviços – e, ainda, antropológica – onde o consumidor é enxergado por meio de peculiaridades étnicas, adquirindo produtos culturalmente visíveis e estáveis³⁵⁷.

O professor Fernando Martins encontra o direito do consumidor em três lugares jurídicos, quais sejam: a) experiência e cultura (fontes); b) política (ideologia e deveres do Estado); c) justiça (tráfego harmonioso a partir da dignidade humana)³⁵⁸.

No que diz respeito às fontes do direito do consumidor, temos que elas estão difusamente dispostas, tanto em documentos internacionais, como a Resolução nº 39/248, da ONU, como em normas constitucionais, aparecendo a defesa do consumidor como direito fundamental (CF/88, art. 5º, XXXII) e como

³⁵³ ITURRASPE, Jorge Mosset. **Cómo contratar en una economía de mercado**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 122.

³⁵⁴ Sobre o *Uber*, ver, por todos, ROSENBLAT, Alex. **Uberland**. How Algorithms Are Rewriting the Rules of Work. Berkeley: University of California Press, 2018.

³⁵⁵ RIBEIRO, Gabriel Francisco. Contra Uber, empresas de ônibus passam a notificar cidades; SP vai analisar. **UOL**. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/tecnologia/noticias/redacao/2018/12/12/empresas-de-onibus-passam-a-notificar-cidades-contra-uber-sp-vai-analisar.htm?cmpid=copiaecola> (acesso em 12/12/2018).

³⁵⁶ Optamos por não traduzir esta expressão porque o texto de onde ela foi tirada não o fez.

³⁵⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Os lugares do direito do consumidor...*, p. 150-151.

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 152-168.

princípio da ordem econômica (CF/88, art. 170, V). Isso sem falar em normas infraconstitucionais, como o CDC e o Decreto Federal nº 7.962/2013.

Nesse contexto, insta salientar a figura do *sujeito constitucionalmente identificado*, vez que a Constituição Federal passa a ter aplicabilidade imediata no direito privado, orientando o sistema pela função de seus princípios, reconhecendo, assim, o direito fundamental específico à proteção do consumidor, constitucionalmente designado, gerando, em contrapartida, um dever fundamental do Estado de protegê-lo³⁵⁹.

Quanto ao CDC, há que se notar que ele possui uma metodologia com cláusulas gerais, é compreendido como código em vez de mera consolidação, como ocorreu com as leis trabalhistas, voltado para o direito privado obrigacional, mas sem deixar de ter reflexo em relações administrativas, criminais e processuais, escrito em linguagem apropriada para que o consumidor possa entender seus direitos a partir da mera leitura da norma e, talvez o mais importante, vocacionado ao diálogo de fontes.

Três são as projeções reflexivas sobre o envolvimento político-ideológico na construção do direito do consumidor. A primeira se dá pela participação da sociedade na realização da legislação consumerista, a segunda pela expansão do número de consumidores por meio de políticas públicas e a terceira se dá na posição do Estado no que diz ao cumprimento dos deveres a ele impostos no que diz respeito à proteção dos vulneráveis na relação de consumo³⁶⁰.

No que diz à participação da sociedade, há que se entender que a ordem jurídica tem, por pressuposto, um poder político legítimo, capaz de realizar a pacificação social. E o que dá legitimidade a esse poder político? O povo, por meio do exercício da democracia³⁶¹.

³⁵⁹ MARQUES, Claudia Lima, *apud* MARTINS, Fernando Rodrigues. *Os lugares do direito do consumidor...*, p. 154-155.

³⁶⁰ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Os lugares do direito do consumidor...*, p. 157.

³⁶¹ BOBBIO, Norberto, *apud* MARTINS, Fernando Rodrigues. *Os lugares do direito do consumidor...*, p. 157.

Ora, considerando que toda estrutura jurídica nada mais faz do que reproduzir o jogo de forças políticas e sociais, além de valores morais e culturais de uma dada sociedade³⁶², forçoso concluir que o direito do consumidor é lugar de política.

Quanto à expansão do número de consumidores, note-se que, por intermédio de políticas públicas de admissão a bens e serviços, pessoas menos favorecidas materialmente se tornaram consumidoras. Os planos de habitação e moradia, inclusão digital, financiamento de ensino superior privado, dentre outros, possibilitaram a elevação da quantidade de consumidores no mercado. Isso resolve, pelo menos em partes, o problema do “não consumo” e do “subconsumo” como demonstrado por Iturraspe, que gera uma população de vulneráveis não por estarem no mercado como consumidores, mas, pelo contrário, por não estarem nele e, portanto, não serem consumidores³⁶³.

Essa expansão do número de consumidores resolve o problema dos vulneráveis por não estarem no mercado, mas obriga o Estado a tomar alguns cuidados para com essa população, dos quais se destacam: concretude ao princípio do crédito responsável, risco de extinção de políticas públicas de igualdade, insuficiência no atendimento dos órgãos de defesa do consumidor e aumento do volume de reclamações³⁶⁴.

No que tange à posição do Estado na promoção da pessoa consumidora, temos: o Estado-governança e o princípio da “condução responsável” dos assuntos consumeristas; o Estado-administração e eventualmente o problema do inadimplemento constitucional; e o Estado-nação enquanto asilo universal³⁶⁵.

Quanto ao Estado-governança, temos que, pelo princípio da condução responsável³⁶⁶, o Estado, tanto por meio do Executivo, como do Legislativo e do Judiciário, deve respeitar os direitos humanos, os princípios

³⁶² WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 155.

³⁶³ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Cómo contratar...*, p. 138.

³⁶⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Os lugares do direito do consumidor...*, p. 159.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 161-166.

³⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **‘Brançosos’ e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 329.

democráticos e o Estado de Direito, quando do trato de assuntos envolvendo a proteção dos vulneráveis, inclusive do consumidor.

Quando falamos em Estado-administração, há que se lembrar da necessidade de a Administração Pública cumprir tanto as normas constitucionais, a exemplo do art. 37 da CF/88, que trata dos princípios que a regem, ou, tratando mais especificamente da tutela do consumidor, o art. 5º, XXXII, que traz a proteção ao consumidor como direito fundamental, como normas infraconstitucionais, a exemplo do CDC.

E o consumidor, portador do direito fundamental instituído no art. 5º, XXXII, da CF/88, se torna, também, titular que exige deveres, sendo a Administração mero destinatário desse encargo.

Nesse ínterim, o professor Fernando Martins destaca alguns direitos do consumidor, como, por exemplo,

direito à administração pública transparente (evitando-se a nebulosidade de matérias que traduzam conteúdo consumerista); direito à administração pública dialógica (especialmente para garantir aos consumidores e fornecedores ampla defesa e contraditório nos processos em que forem partes); direito à administração pública preventiva (para atuar antecipadamente aos possíveis danos oriundos de riscos conhecidos por produtos e serviços introduzidos no mercado); direito à administração pública precautória (interventiva positivamente nas hipóteses de riscos desconhecidos em produtos e serviços); direito à administração pública protetiva (como instituição voltada aos direitos fundamentais na classificação procedimentalista); direito à administração pública sancionatória (na fiscalização da produção, industrialização, distribuição e publicidade de produtos e serviços no mercado)³⁶⁷.

No âmbito externo é que aparece, por sua vez, a questão do Estado-nação enquanto asilo universal, vez que as garantias fundamentais à pessoa humana estão situadas na globalidade. Por enquanto, contudo, a legislação brasileira ainda não se emancipou como asilo universal para resolver conflitos internacionais envolvendo relações de consumo, mas a CRFB possui alguns avanços que merecem ser explorados, a exemplo da cláusula de abertura para reconhecimento e internalização de tratados de direitos humanos nos parágrafos 2º e 3º do art. 5º³⁶⁸.

³⁶⁷ *Os lugares do direito do consumidor...*, p. 163.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 164-165.

Além de tudo, o direito do consumidor também aparece como lugar de justiça, vez que é hábil modelo de materialidade da dignidade humana, o que se nota pelo

reconhecimento da vulnerabilidade; tratamento pela igualdade substancial; modelo propositivo de evitabilidade de danos; tutela da confiança como marco de objetivação das legítimas expectativas despertadas; repressão à publicidade enganosa; proteção contra práticas mercadológicas caracterizadas pelo exercício inadmissível de posição jurídica; hermenêutica tendente ao consumidor; positivação de rol aberto para consecução de nulidades de cláusulas abusivas³⁶⁹.

Há que se lembrar, também, o fato de o direito do consumidor ser princípio da ordem econômica, conforme art. 170, V, da CRFB.

Para fechar o assunto envolvendo os lugares do direito do consumidor, cumpre transcrever mais um trecho do magistério de Fernando Rodrigues Martins, nos seguintes termos:

Não há dúvidas que para a economia globalizada há necessidade de direito humanitário globalizado. E, por isso, não deve haver dualismo entre o direito interno e o direito internacional no que respeita aos tratados de direitos humanos, o que, aliás, se vê com tranquilidade a partir do art. 7º do Código de Defesa do Consumidor que estimula o diálogo entre as normas internas e as internacionais. Neste sentido, é a própria legislação citada que torna hermenêuticamente aceitável a aplicação da norma que seja mais favorável ao vulnerável, titular que é de direitos humanos³⁷⁰.

Ou seja, aplica-se a norma mais favorável como elemento de conexão do direito internacional dos consumidores, o que caracteriza o lugar do direito do consumidor no espaço global, pela proteção dos vulneráveis.

O Código de Defesa do Consumidor no seu art. 4º, I arrola a reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo como um dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo.

As pessoas se relacionam no dia a dia nas mais diversas situações possíveis. Nem sempre há equilíbrio e igualdade nas relações privadas, sendo que geralmente a parte mais fraca acaba tendo que se submeter ao indivíduo

³⁶⁹ Ibidem, p. 166-167.

³⁷⁰ Ibidem, p. 169.

mais favorecido. Diz-se, então, que essa é a perspectiva fática da vulnerabilidade³⁷¹.

Não há dúvidas que no âmbito na tutela do consumidor é ele a parte mais fraca e vulnerável, já que os detentores dos meios de produção detêm todo o controle do mercado, escolhendo o que produzir, com produzir, para quem produzir, etc..

Assim, deve o legislador dar tratamento diferenciado para o consumidor, de modo a extirpar ou pelo menos atenuar essa vulnerabilidade.

A vulnerabilidade é derivada do princípio da igualdade, uma vez que se busca dar tratamento isonômico das partes, produzindo, assim igualdade material onde há, originariamente, desigualdade. Fala-se, então, que essa é a segunda perspectiva da vulnerabilidade, capaz de alça-la à condição de princípio. Busca-se a adoção de ações afirmativas capazes de igualar a relação originalmente desigual.

Deve-se destacar, contudo, que vulnerabilidade não é sinônimo de hipossuficiência. A doutrina entende que a vulnerabilidade é mais ampla e abrangente, sendo, portanto, gênero, e a hipossuficiência sua espécie.

Quando o Código de Defesa do Consumidor dispõe no seu art. 4º, I o reconhecimento da vulnerabilidade, fica evidenciado que ela é reconhecida para todos os consumidores. Já ao tratar no seu art. 6º, VIII a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, refere-se tão somente aos consumidores hipossuficientes.

Cláudia Lima Marques³⁷² aponta a hipossuficiência (econômica) como uma visão processual da vulnerabilidade fática, trazendo julgado do Superior Tribunal de Justiça que ensina que a noção de hipossuficiência é uma noção processual.

³⁷¹ REIS, Iuri Ribeiro Novais dos. O princípio da vulnerabilidade como núcleo central do Código de Defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, vol. 956/2015, p. 89 - 114, Jun, 2015.

³⁷² MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo:RT, 2011, p. 332.

A referida autora traz a seguinte explicação sobre o que é vulnerabilidade:

Poderíamos afirmar, assim, que a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a 'explicação' dessas regras ou da atuação do legislador, é a técnica para sua boa aplicação, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa³⁷³.

Deve-se destacar também que certos sujeitos são classificados como hipervulneráveis. São pessoas que necessitam de uma proteção ainda maior do que o consumidor padrão, por já receberem outra proteção constitucional em razão da sua vulnerabilidade, como os idosos e as pessoas com deficiência.

A doutrina não é unânime na classificação das espécies de vulnerabilidade. Cláudia Lima Marques nos apresenta os quatro tipos tradicionais: técnica, jurídica, fática e a informacional.

Marques chama de vulnerabilidade técnica aquela em que o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o produto ou serviço que está adquirindo, sendo, portanto, mais facilmente enganado quanto às suas características ou quanto à sua utilidade³⁷⁴.

Destaca a referida autora que tal espécie de vulnerabilidade é presumida no CDC para o consumidor não profissional.

A vulnerabilidade jurídica ou científica pode ser sintetizada como aquela que consiste no desconhecimento de determinada ciência que norteia o objeto da relação.

Para Cláudia Lima Marques³⁷⁵, ela é a falta de conhecimentos jurídicos ou específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia. A

³⁷³ Ibidem, p. 323.

³⁷⁴ Ibidem, p. 324.

³⁷⁵ Ibidem, p. 327.

autora ainda afirma que tal vulnerabilidade é presumida no CDC para consumidor não profissional e para o consumidor pessoa física.

Chama-se de vulnerabilidade fática ou socioeconômica aquela em que o ponto de concentração é o fornecedor que, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico ou por seu grande poder econômico ou mesmo em razão da essencialidade do serviço impõe sua superioridade a todas que com ele contratam³⁷⁶.

Por fim, Cláudia Lima Marques traz sua última espécie de vulnerabilidade: a informacional. Aduz a autora que essa espécie é essencial à dignidade do consumidor, principalmente como pessoa física³⁷⁷.

Vive-se hoje em uma sociedade hipercomplexa em que a informação é essencial para que se tenha uma vida digna. Não se discute, porém, que o excesso de informações pode ser desnecessário. Contudo, pode-se observar que a falta de informação em uma relação de consumo torna o consumidor mais vulnerável.

Verifica-se que essa categoria de vulnerabilidade merece atenção diferenciada. O fornecedor é o detentor da informação por excelência e deve avisar o fornecedor sobre todas as características do produto ou serviço exposto no mercado.

Há que se ter em mente, outrossim, que, em algumas situações, a vulnerabilidade se vê agravada por alguma condição do próprio consumidor. Nesse sentido, o STJ, no REsp 586.316/MG, julgado em 17/04/2007, de relatoria do Min. Herman Benjamin, afirmou que

ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas, sobretudo, os hipervulneráveis”, que “são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a ‘pasteurização’ das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna [...]. Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador.

³⁷⁶ Ibidem, p. 330-331.

³⁷⁷ Ibidem, p. 336.

A expressão foi aceita pela doutrina³⁷⁸ e consolidada pela jurisprudência.

Conforme lição de Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem,

a hipervulnerabilidade seria a situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor, como sua idade reduzida [...] ou idade alentada³⁷⁹.

Assim, a hipervulnerabilidade é inerente e especial a uma situação pessoal específica de determinado consumidor, podendo ser permanente ou temporária³⁸⁰. A partir daí, lecionam Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem que

a jurisprudência desenvolveu a noção de hipervulnerabilidade como um corolário positivo da proibição constitucional e discriminação, logo do princípio da igualdade (um dever-ser) e mandamento de pleno desenvolvimento da personalidade, diretamente ligada, pois a nossa visão de dignidade da pessoa humana (tratamento equitativo e digno da pessoa humana)³⁸¹.

No caso de *wrongful birth* e *wrongful life*, o que se nos afigura é a hipervulnerabilidade tanto da mãe, enquanto grávida e enquanto paciente médica, quanto do próprio feto, enquanto menor e, principalmente, enquanto nascituro.

Conforme demonstrado acima, o consumidor se encontra em uma posição de vulnerabilidade, como figura hipossuficiente na relação de consumo, motivo pelo qual em busca do cumprimento do princípio fundamental da igualdade, bem como de dar efetividade ao direito fundamental da proteção do consumidor, insculpido no artigo 5º, XXXII do texto constitucional, no qual “impõe-se ao Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor”, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) trouxe em seu bojo uma série

³⁷⁸ Ver SCHMITT, Cristiano Heinick. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. **Revista de Direito do Consumidor**, volume 70, p. 139 e seguintes; NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. **Revista de Direito do Consumidor**, volume 76, p. 13-45; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 197 e seguintes.

³⁷⁹ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 201-202.

³⁸⁰ Christophe Bourrier, ao tratar da fraqueza de uma parte no contrato, traz uma lista de fraquezas que pode ser aplicada ao conceito de hipervulnerabilidade: prodigalidade, incapacidade, deficiência física ou mental, doença, gravidez, analfabetismo, idade. Ver BOURRIER, Christophe. **La faiblesse d'une partie au contrat**. Louvain-la-Neuve: Bruylant, 2003, p. 13.

³⁸¹ *Op. cit.*, p. 203-204.

de direitos básicos concedidos ao consumidor, a fim de equilibrar a balança do jogo do consumo, procurando elevar o consumidor de sua posição vulnerável a um nível equânime ao do fornecedor, para o desenvolvimento de uma relação onde reine a igualdade material entre consumidor e fornecedor.

Dentre os direitos básicos do consumidor encontra-se o direito à informação o qual se encontra positivado no inciso III do art. 6º do CDC, porém, como veremos adiante, tal direito se propaga pelo ordenamento através de diversas outras prescrições presentes no Digesto Consumerista, traduzidos em deveres de informação do fornecedor para com o consumidor.

Em cada época da história da humanidade diversos “produtos” têm seu valor ampliado ou resumido conforme se prestam ao homem em sua constante busca de domínio do meio em que vive. No paleolítico, a força bruta de um homem tinha um valor muito maior que o de um diamante, por exemplo. Atualmente, vivemos em uma sociedade hipercomplexa onde aqueles que conseguem assimilar o meio e se adaptar às mudanças tem grandes vantagens sobre aqueles que não o fazem e para compreensão do meio a informação precisa e tempestiva se transforma em um instrumento de valor incomensurável.

Segundo Luiz Antonio Rizzatto Nunes, a informação tem valor tal em nossa sociedade pós-moderna, que o dever de prestar a informação imposto ao fornecedor, “trata-se de um dever exigido mesmo antes do início de qualquer relação. A informação passou a ser componente necessário do produto e do serviço, que não podem ser oferecidos no mercado sem ela”³⁸².

Nesse diapasão, a concessão do direito da precisa informação ao consumidor por parte do fornecedor se traduz de fundamental importância para que a relação de consumo se desenvolva de forma equilibrada, tendo em vista que o fornecedor possui todas as informações relevantes de seu produto/serviço desde à concepção do mesmo, devendo, pois, repassá-las ao consumidor de maneira acessível e tempestiva.

³⁸² NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 114.

Bruno Miragem destaca que, apesar de estar insculpido no artigo 6º, III do CDC o direito básico de informação do consumidor, decorrente do princípio da boa-fé objetiva, tendo em vista a forte influência exercida pelo direito europeu no direito pátrio, se irradia por diversos artigos do Código de Defesa do Consumidor, através de deveres impostos ao fornecedor.

Nas palavras do autor,

o direito básico à informação do consumidor, estabelecido no artigo 6º, III, do CDC, é acompanhado de uma série de deveres específicos de informação ao consumidor, imputados ao fornecedor nas diversas fases da relação de consumo, como é o caso dos artigos 8º e 10 (informação sobre riscos e periculosidade), 12 e 14 (defeitos de informação), 18 e 20 (vícios de informação), 30, 31, 33, 34, e 35 (eficácia vinculativa da informação, sua equiparação à oferta e proposta, e as consequências da violação do dever de informar), 36 (o dever de informar na publicidade), 46 (a ineficiência em relação ao consumidor, das disposições contratuais não informadas), 51 (abrangência pelo conceito de cláusula abusiva, daquelas que não foram suficientemente informadas ao consumidor), 52 e 54 (deveres específicos de informação nos contratos), todos do CDC. Refira-se, ainda que a Lei 12.741/2012 incluiu no inciso III do art. 6º do CDC, dentre as informações que devem ser oferecidas ao consumidor, ao lado da especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e riscos, também as relativas aos tributos incidentes sobre o preço³⁸³.

O conteúdo informativo é denso e complexo, onde a informação a qual pode ser manipulada pelo fornecedor que a possui nas mãos, fornecendo diversas vezes “conteúdo desnecessário”³⁸⁴ impede que o consumidor tome consciência das informações verdadeiramente úteis, hábeis a conceder-lhe uma apreensão do produto que adquire³⁸⁵.

A forma deve ser inteligível ao consumidor, de maneira que assim, se instrumento hábil para guiá-lo na tomada de decisão de consumo.

Quanto ao critério *tempo*, socorremo-nos, novamente, do magistério de Bruno Miragem:

³⁸³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. – 6. ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 214.

³⁸⁴ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis** – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 160.

³⁸⁵ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 141.

Característica dos tempos atuais é a velocidade. Em certo aspecto, urge a necessidade de incluir-se na relação de tarefas individuais cotidianas um número cada vez maior de obrigações no mesmo espaço limitado de tempo. E nesta tensão diminui naturalmente o tempo de reflexão sobre as decisões diversas da vida individual, dentre as quais as que se adotam no mercado de consumo³⁸⁶.

Desta maneira, em tempos de hipercomplexidade e alta velocidade, a informação é fator fundamental para o equilíbrio das relações de consumo que devem se desenvolver fundadas no princípio da boa-fé objetiva, com respeito mútuo entre os participantes e paridade de armas, a fim de se dar efetividade ao princípio constitucional da igualdade material.

3.2 O dever de informação nos contratos médicos: o paradigma do consentimento consciente

Passa-se, agora, ao estudo da superação da vulnerabilidade informacional do consumidor no âmbito da relação médico-paciente. Para isso, além do próprio CDC, o Código de Ética Médica (Resolução 1931, de 2009, do Conselho Federal de Medicina) trouxe alguns dispositivos específicos.

No capítulo IV de referido *códex*, denominado “Direitos Humanos”, há importante dispositivo (o art. 22), que veda ao médico “deixar de obter o consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”. A expressão *após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado* é de suma importância, pois é a partir dela que a norma leva à superação da vulnerabilidade informacional do consumidor, emancipando-o frente à superioridade técnica e informacional do prestador de serviços de saúde.

Além disso, já no capítulo V da Resolução, que trata da relação do médico com seus pacientes e familiares destes, o art. 31 veda que o clínico deixe de “informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal”. Aqui, novamente, vemos o direito à informação sendo protegido pela norma do Conselho Federal de Medicina.

³⁸⁶ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 25.

Por fim, interessante citar o capítulo X do dispositivo legal, que trata dos “documentos médicos”, que veda, no *caput* do art. 87, que o profissional da saúde deixe de “elaborar prontuário legível para cada paciente”, bem como o art. 88, que traz a vedação a que o médico negue acesso do paciente ao seu prontuário, deixe de lhe fornecer cópia quando a solicitar, ou deixe de lhe dar explicações necessárias à compreensão dos prontuários, exceto se for gerar riscos ao paciente ou a terceiros.

O direito/dever de informação dentro de uma relação médico/paciente, que, como já foi visto, trata-se de uma relação de “consumo de serviços médicos” para fins do Código de Defesa do Consumidor, vai muito além daquele disposto no art. 6º, III e parágrafo único do CDC e suas irradiações através no Digesto Consumerista.

A princípio, os médicos não devem empreender nenhum tratamento ou intervenção sem ter obtido o consentimento do paciente. Essa regra se impõe por respeito de um dos aspectos mais fundamentais da liberdade pessoal e só não se aplica se o estado do paciente não permite que se lhe explique a solicitação e se solicite seu consentimento, de forma que o prático deve se esforçar por conseguir o consentimento do cônjuge, ou outro parente³⁸⁷.

Esse consentimento deve ser esclarecido. O médico deve indicar todas as vantagens e os inconvenientes ou riscos do tratamento ou da intervenção³⁸⁸.

Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho, em seu Programa de Responsabilidade Civil, na relação existente entre médico paciente existem mais coisas envolvidas que uma simples prestação de serviços, diversos outros bens jurídicos do consumidor se encontram envolvidos, podendo ser atingidos, no desenvolvimento da atividade desenvolvida no decorrer da relação contratual, dentre eles a vida, bem maior, protegido fundamentalmente.

Vejamos:

³⁸⁷ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual**, v. 2. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Europa-América, 1961, p. 178-179.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 180.

A atividade médica é essencialmente perigosa, tem o chamado *risco inerente*, [...] assim entendido o risco intrinsecamente atado à própria natureza do serviço e ao seu modo de prestação. Toda cirurgia, até a mais simples, produz um risco inevitável, que não decorre de defeito do serviço. Não é possível realizar determinados tratamentos sem certo risco, às vezes até com efeitos colaterais, como a quimioterapia e a cirurgia em paciente idoso e de saúde fragilizada, ainda que o serviço seja prestado com toda a técnica e segurança³⁸⁹.

Portanto, a informação é parte fundamental da relação, possuindo valor extremamente importante, para a formação do convencimento em contratar-se ou não os serviços oferecidos pelo profissional médico.

A esse convencimento, essa opção do paciente de se submeter aos procedimentos médicos ofertados pelo profissional da saúde, a colocar-se diante de um certo risco em busca de um fim maior, uma cura, chama-se de *consentimento informado*.

O consentimento informado é hoje a pedra de toque da responsabilidade civil médica, sendo que para Cavalieri, “somente o consentimento informado pode afastar a responsabilidade médica pelos riscos inerentes à sua atividade”³⁹⁰.

Conforme preleciona o mesmo autor, o dever de informação existente na relação médico/paciente está também positivado no art. 15 do Código Civil Brasileiro onde está disposto que, “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”³⁹¹.

O oposto de constrangimento é o consentimento, que nos casos em tela é formado através da consciência dos riscos pelo paciente, através das informações prestadas pelo médico, as quais devem ser claras, verdadeiras, tempestivas e acessíveis, a fim de que sua falta não macule o consentimento consciente do paciente.

Cabe aqui destacar que, como o Direito é uma ciência do dever-ser regido pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, existem limites ao dever de informação, caso contrário seria necessário ao médico oferecer um curso completo de medicina ao paciente e mesmo assim tal fato não

³⁸⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 392.

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 393.

³⁹¹ *Idem*.

compreenderia todas as informações possíveis de serem repassadas ao paciente no momento de formação de seu convencimento.

A fim de se determinar o limite do dever de informação, o autor supra propõe a observação de três fatores primordiais para aferir-se o limite do dever médico de informação, sendo eles: (a) as circunstâncias do fato, se urgente ou não; (b) os riscos envolvidos, o que se pode entender como a relação custo x benefício do tratamento; e (c) o comportamento médio esperado do paciente em submeter-se ou não ao tratamento após prestadas as informações fundamentais sobre seu estado de saúde. Nas palavras do autor: “Os limites do dever de informar são estes – riscos graves, diretamente decorrentes da atuação médica e que poderiam levar o paciente a não querer se submeter ao tratamento”³⁹².

No entanto, não raras vezes, esse direito que o paciente possui de ser informado adequadamente sobre seus diagnósticos leva a situações desconfortáveis que o profissional da saúde precisa enfrentar. Fala-se do momento de informar o diagnóstico ao paciente ou a sua família, quando tal diagnóstico é desfavorável.

É o que acontece, por exemplo, quando o médico obstetra precisa informar aos pais da criança que o feto é deficiente.

A chegada de um filho encontra-se entre os acontecimentos significativos que marcam uma importante mudança de ciclo no desenvolvimento familiar; acontecimento normal, mas vai demandar ao casal e da família mecanismos de ajuste para incorporar e enfrentar a nova situação, provocando alterações na dinâmica familiar. Todo este mecanismo é potencializado com a inclusão de um filho deficiente, com problemas de saúde, ou necessidade especial, afetando assim esta dinâmica. O momento e a forma como o diagnóstico é informado à família são aspectos relevantes que vão interferir no processo de adaptação familiar. Os problemas e anseios que os pais vivenciam decorrem de informações tardias, erradas e incompletas. Sendo assim, é prioritária a conscientização precoce sobre o diagnóstico³⁹³.

E, por isso,

“Os profissionais responsáveis pela comunicação da notícia devem ter preparo e preocupação [...], visando diminuir o trauma, para que possam superar o momento e conseguir dar continuidade para o desenvolvimento adequado da criança”³⁹⁴.

³⁹² Ibidem, p. 394.

³⁹³ ASSIS-MADEIRA, Elisângela A. et al. Experiências de médicos ao comunicarem o diagnóstico da deficiência de bebês aos pais. **Ciência & Saúde**. Vol. 8 Issue 3, p. 121-128. 8p 2015, p. 122.

³⁹⁴ Idem.

Importante notar que

pesquisas mostram que se a notícia difícil é comunicada inadequadamente, pode causar confusão, angústia prolongada e ressentimentos na família. Feita de forma adequada pode ajudar na compreensão, aceitação e adaptação. A comunicação eficaz tem seus benefícios comprovados como qualidade da coleta de informações, melhor recuperação do paciente, adesão aos planos de tratamento, resultando em melhores resultados para os pacientes, maior satisfação com as consultas, melhora na segurança e redução de queixas³⁹⁵.

Assim, o profissional da saúde é submetido a uma situação de estresse que pode gerar uma reação excessivamente negativa no paciente ou em sua família.

Vários experimentos psicológicos mostraram que o profissional que 'carrega' a má notícia, frequentemente experimenta emoções fortes, como ansiedade, uma carga de responsabilidade pela notícia [...] e o medo de uma avaliação negativa [...]. Os autores também alegam que este estresse cria uma relutância na transmissão das más notícias³⁹⁶.

Essa verdadeira falta de preparo por parte dos profissionais da medicina gera uma situação complicada, posto que se espera, obviamente, que o paciente ou sua família sejam devidamente informados sobre o quadro clínico, prognósticos e possíveis tratamentos, mas tal informação deve ser passada de forma adequada, para não gerar abalos emocionais ainda maiores do que o próprio diagnóstico.

De modo geral, parte dos programas de graduação e pós-graduação médica não oferece treinamento específico para a transmissão de más notícias e a maior parte dos médicos aprende a dar notícias pela observação de colegas mais experientes em situações de vivência diária. [...] Em uma pesquisa realizada quase 40% dos respondentes não apenas não tiveram treinamento didático, como também não tiveram oportunidade de adquirir experiência pela observação de outros médicos transmitindo más notícias³⁹⁷.

Sendo assim, importante considerar que, para que o paciente-consumidor tenha garantido o seu direito a ser adequadamente informado, o profissional da saúde precisa ser preparado para fazê-lo. Por isso, cabe ao sistema educacional brasileiro formar médicos capazes de diagnosticar da maneira adequada.

³⁹⁵ Idem.

³⁹⁶ Ibidem, p. 125.

³⁹⁷ Ibidem, p. 126.

3.3 Da responsabilidade civil como sugestão de resposta para a querela

Se o *leitmotiv* do presente estudo é justamente saber se a vida pode ser um dano indenizável, talvez a principal saída seja pela responsabilidade civil. É dizer, o efeito jurídico do ato médico na interrupção da gravidez causando um “dano vida” é justamente a responsabilidade civil, vez que, conforme o art. 927, do CC/02³⁹⁸, os elementos da responsabilidade civil são: ato ilícito, culpa, dano e nexos de causalidade.

Fernando Noronha também fala em nexos de imputação como um quinto elemento. O nexos de imputação é o fundamento ou a razão de ser da responsabilização da pessoa pelos danos causados ao patrimônio ou à personalidade de outrem³⁹⁹. Via de regra, é o ato ilícito o nexos de imputação, podendo, excepcionalmente, existir imputação pelo risco.

Nesse momento, importante nos aprofundarmos no estudo do dano, vez que é esse o conceito que move o presente trabalho, para tentar entender em qual categoria de danos se enquadra o “dano vida”.

Numa de suas obras mais marcantes, Stuart Mill⁴⁰⁰ aborda a natureza e os limites do poder legitimamente exercido pela sociedade sobre o indivíduo. Nessa obra, ele trata do chamado *harm principle* (princípio do dano), no sentido de que a única razão pela qual o poder pode ser exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é para prevenir que ele cause dano a outrem⁴⁰¹. Assim, cada um tem o direito de agir como lhe parecer conveniente, não prejudicando os demais.

Dessa maneira, a observância do *harm principle*, no entendimento de Mill, constituiria o único motivo para se restringir a liberdade dos sujeitos. Contudo, para que tal princípio seja satisfeito, uma ação não precisa causar danos, mas apenas apresentar risco substancial de dano.

³⁹⁸ Art. 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

³⁹⁹ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 472.

⁴⁰⁰ **On Liberty**, second edition. London: John W. Parker and Son, 1859.

⁴⁰¹ P. 1-8.

Portanto, o que se vê é que Mill interliga os danos com os direitos, afirmando, explicitamente, que tanto a omissão como a ação têm o condão de poder prejudicar a outrem.

Uma pessoa pode causar mal a outrem não apenas por suas próprias ações, mas, também, por sua omissão, e, em qualquer dos casos, ele é responsável pelo dano causado. No segundo caso, é verdade, há que se realizar um exercício mais cauteloso de análise do que no primeiro. A regra é tornar alguém responsável por ter causado mal a outrem. A exceção é responsabilizar alguém por não ter prevenido o mal. Ainda assim, há muitos casos suficientemente claros e graves para justificar essa exceção. Em tudo o que diz respeito às relações externas do indivíduo, ele é o responsável de direito por todos aqueles cujos interesses estão em jogo e, se necessário for, pela sociedade como protetora deles. Frequentemente, há boas razões para não lhe imputar responsabilidade, mas essas razões devem sair de atributos especiais do caso, seja porque é um caso onde ele pode agir de maneira melhor por si mesmo do que por meio da responsabilização civil, ou porque a tentativa de responsabilizá-lo e controlar suas ações produziria outros maus, maiores do que aqueles que seriam prevenidos pela responsabilização⁴⁰².

Contudo, o que se vê é que Stuart Mill não entrou na questão do dano extrapatrimonial. Na verdade, ele sequer penetrou o campo da definição do conceito de dano.

Para se falar em dano patrimonial, usa-se a chamada “teoria da diferença”, de Friedrich Mommsen, que converte o dano em uma dimensão matemática, objetiva e facilmente calculável: trata-se da diferença entre o que se tem e o que se teria se o fato danoso não tivesse acontecido⁴⁰³.

Quem sofre um dano patrimonial faz jus a uma reparação, ou seja, ao retorno ao *status quo ante*, seguindo a máxima francesa “*tout le dommage, mais rien que le dommage*”, ou seja, “todo o dano, nada além do dano”. A reparação se vê limitada ao valor do dano, mas não pode ser inferior a ele.

⁴⁰² *Op. cit.*, p. 10.

⁴⁰³ HATTENHAUER, Hans. **Conceptos fundamentales del derecho civil**. Trad. G. Hernández. Barcelona: Ariel, 1987, p. 104.

Por outro lado, nem todo dano é meramente patrimonial, sendo que, às vezes, quem sofre o dano é a pessoa humana enquanto tal, não seus bens. E aquele que sofre um dano imaterial faz jus a uma satisfação de cunho compensatório.

Importante saber a distinção entre compensação e indenização. Considerando que “indenizar” vem do latim “*in dene*”, que significa “devolver ao estado anterior”, pode-se dizer que só se indeniza danos patrimoniais, mesmo que a CF/88, em seu art. 5º, X, fale em “indenização” do dano moral. Danos de ordem imaterial são sujeitos a compensação, não a indenização⁴⁰⁴.

A possibilidade de compensação por danos imateriais nem sempre existiu no Direito, que, a princípio, entendia-os como não-patrimoniais e, portanto, insuscetíveis de serem vistos por uma ótica patrimonial. Contudo, a partir de um dado momento, figurou-se insustentável que uma vítima ficasse irressarcida após ter um direito personalíssimo seu atingido. Era um verdadeiro desequilíbrio na ordem jurídica, posto que presentes o ato ilícito e a lesão a direito (da personalidade), mas o autor da lesão quedava impune⁴⁰⁵.

Assim, a partir de meados do século XX, a vítima se torna a protagonista na relação jurídica instaurada por força do evento danoso, garantindo, de forma cada vez mais eficaz, a reparação do dano sofrido.

Nessa linha, Maria Celina Bodin de Moraes afirma que as pessoas possuem direitos personalíssimos que não possuem conotação econômica, integrando suas personalidades, e os danos a esses direitos foram chamados de “moraís” por atingirem virtudes, atributos valorativos, da pessoa como ente social⁴⁰⁶.

Depois de muito tempo de produção doutrinária e jurisprudencial no Brasil, no final do século XX, foi transformada em lei a antiga proposta da independência da reparabilidade do dano moral. Prosperou, pois, a tese de que pode ser isoladamente reparado um dano moral (imaterial ou extrapatrimonial), independentemente de dano material, admitindo-se, ainda, a reparação do dano

⁴⁰⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p. 145.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 147-148.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 149-155.

moral (imaterial ou extrapatrimonial) cumulativamente com o dano material, ainda que ambos se originem da mesma causa.

Em um primeiro momento, a CF, no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, art. 5.º, V, trouxe que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, bem como dispôs no inc. X, do mesmo artigo, que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Aqui, se consagrava a independência da indenização do dano imaterial.

Em seguida, foi editada a Súmula 37 do STJ: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

Por fim, o CC/2002 consolidou a questão em seu art. 186: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, cuja norma foi completada com a do art. 927, *in verbis*: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, firmando-se a reparabilidade do dano imaterial, tanto isolada como cumulativamente com o dano patrimonial.

Restou superada, pois, a postura doutrinária que não admitia a indenização por dano moral puro, mediante argumentos como: “a incomensurabilidade do dano moral, o enriquecimento sem causa, a imoralidade da compensação, a efemeridade do dano moral”⁴⁰⁷, sendo superada a jurisprudência que dizia favorável à reparabilidade dos danos morais, contanto que apresentassem “reflexos patrimoniais”.⁴⁰⁸

Trocando em miúdos, com a entrada em vigor do CC/02 foram superadas as principais objeções doutrinárias à indenização do dano moral, dando lugar ao entendimento no sentido de que tal categoria de dano deve

⁴⁰⁷ GARCEZ NETO, Martinho. **Prática da responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 4ª. ed., 1984. p. 52.

⁴⁰⁸ Sobre o tema, cf. AGUIAR DIAS, José. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 8ª. ed. 1987. p. 865-866, n. 228; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, v. 1**. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1, p. 287; CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 18.

ensejar indenização em qualquer hipótese, vez que o art. 186 é específico ao mencioná-lo, a partir do princípio consagrado na CRFB⁴⁰⁹.

No tocante ao alcance da tutela do dano à pessoa pelo Direito Privado, insta notar que o enunciado do art. 186 do CC/02, de forma mais abrangente que o art. 159 do CC/16, reporta-se expressamente ao dano moral ao definir o ato ilícito: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Dessa forma, seu enunciado pede, aliás, uma interpretação muito mais abrangente do que aquela que lhe vem sendo dada pela doutrina e jurisprudência, até porque também não se observa nenhuma limitação à espécie de dano injusto que é tutelado no art. 927, *caput*, do CC/2002: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, sendo verdadeiro tipo aberto de proteção integral à pessoa.

Em resumo, se o legislador não restringiu o campo de incidência desses artigos, a conclusão a que forçadamente se chega é a de que a pessoa humana é protegida contra qualquer ato ilícito de terceiro que lhe cause prejuízo, independentemente de ser material ou imaterial.

Não obstante, parte da doutrina ainda critica o legislador, que poderia ter sido mais explícito ao tratar da defesa do dano moral:

o legislador ordinário olvidou e desprezou a teoria da inviolabilidade da personalidade e do dever de compor a ofensa moral. Tanto isso é certo que o art. 186, viga mestra e ponto fulcral da responsabilidade civil, limitou-se a fazer menção ao dano moral apenas *en passant*, fruto de inclusão posterior pela própria Comissão, na redação final do preceito⁴¹⁰.

Quando a norma impõe que o dano moral será indenizado, está, ao mesmo tempo, consagrando o princípio de que todo dano imaterial o será. Impossível ter outro entendimento, mesmo porque se estaria diante de uma afirmação absurda, segundo a qual o dano imaterial estaria abaixo do material,

⁴⁰⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**, v.1. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 594.

⁴¹⁰ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 1.668.

quando a dignidade do homem se assenta no seu patrimônio moral e não no material.

Contudo, há também um outro aspecto que merece atenção e vem em reforço da tese da ampla reparabilidade de todo dano injusto cometido à pessoa: é pacífico na doutrina que todo dano injusto de natureza material é indenizável, não importando se contra bem móvel, imóvel, fungível, infungível, etc. Basta a prova do prejuízo econômico para a obtenção do ressarcimento.

Dessa maneira, há que se dizer que é um contrassenso afirmar que somente o dano moral deva ser indenizado, e não toda e qualquer espécie de dano imaterial, se aquele é uma espécie do que este é gênero.

Como realça Caio Mário da Silva Pereira:

Quando opto pela definição do dano como *toda ofensa a um bem jurídico*, tenho precisamente em mente fugir da restrição à patrimonialidade do prejuízo. Não é raro que uma definição de responsabilidade civil se restrinja à reparabilidade de lesão imposta ao patrimônio da vítima. Não me satisfaz essa restrição, porque sempre entendi, e o tenho definido em minha obra doutrinária, que toda lesão, a qualquer direito, tem como consequência a obrigação de indenizar⁴¹¹.

Portanto, conclui-se que o patrimônio do sujeito não é formado apenas pelos seus bens transformáveis em valores pecuniários, constituindo, além disso, a universalidade de interesses que compõem sua existência enquanto ser humano, composta por bens materiais, móveis e imóveis, e por seus bens imateriais.

Vale dizer, negar ao ser humano o direito à indenização pelo dano injusto sofrido, seja qual for a sua natureza, significa contrariar frontalmente um dos princípios básicos da responsabilidade civil – *alterum non laedere*. Mais que isso: sendo certo que a Justiça é a constante e perpétua vontade de atribuir a cada um o seu direito, afasta-se desse caminho quem nega o direito à indenização por todo e qualquer dano injusto sofrido pela pessoa.

Segundo Fischer,

na linguagem vulgar entende-se por dano todo o prejuízo que alguém sofre na sua alma, corpo ou bens, quaisquer que sejam o autor e a

⁴¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 60.

causa da lesão (...) na linguagem científica (jurídica) parte-se inicialmente duma acepção semelhante da palavra “dano” (*damnum*). É dano todo prejuízo que o sujeito de direitos sofra através da violação dos seus bens jurídicos⁴¹².

Atualmente, já não se duvida que todo e qualquer dano causado à pessoa deve ser indenizado. Os princípios *neminem laedere*, e *honeste vivere, alterum non laedere et suum cuique tribuere* são observados em sua máxima abrangência, de forma a conceder uma proteção eficaz ao bem-estar. Essa visão da responsabilidade civil é a postura mais consentânea com a realidade atual. Hoje, já não se aceita outro entendimento que não o de que o homem deve ser protegido de toda ação ou omissão culposa que lhe cause um dano econômico, físico, psíquico, psicofísico ou psicossomático, exatamente porque o sujeito é um complexo de tudo isso, de todos esses bens que formam seu patrimônio existencial. Assim, quando se afirma o respeito à dignidade humana, o que se afirma é o indispensável respeito a uma existência digna.

Considerada a intangibilidade da dignidade humana e tomando por base o que dispõem os arts. 12, 186 e 927 do CC/2002, há que se extrair a seguinte conclusão: aquele que violar um direito da pessoa, causando-lhe um prejuízo, fica obrigado a reparar o dano.

Ao se tratar da proteção da dignidade do homem, não se pode admitir barganhas, pois tal valor exige proteção máxima. E tal proteção é concedida tanto pelo poder constituinte – na previsão dos direitos fundamentais e da personalidade – como pelo legislador ordinário, ao dispor que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

A proteção contra prejuízos causados ao patrimônio – *lato sensu* – do sujeito por terceiros não pode se restringir à previsão da reparabilidade do dano patrimonial e do dano moral, dicotomia que se revela excessivamente tímida diante da importância com que a CF/88 trata a questão, tendo em vista a magnitude com que a dignidade humana, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade são tutelados pela Carta Magna.

⁴¹² FISCHER, Hans. **A reparação dos danos no direito civil**. trad. Antonio de Arruda Ferrer Correia. Coimbra: Armênio Amado, 1938. p. 7.

A tutela efetiva do homem contra os abusos de seus iguais e do Estado, o bem-estar da pessoa, o seu direito a uma existência digna e imune a abusos de terceiros, para serem alcançados, impescindem que o conceito de indenização civil seja considerado segundo sua mais ampla abrangência, ficando livre de dúvidas que o dano injusto causado a qualquer bem, interesse ou direito do ser humano é intolerável e deve ser objeto de pronta e ampla reparação por conta do ofensor. Em suma, para garantir uma sobrevivência digna e tranquila à pessoa, a ideia da pronta e integral reparação do dano injusto na forma em que se apresente deve ser uma constante.

Um estudo sistemático entre o art. 186 (Título III, Livro III) e os arts. 11 a 21 (Capítulo II, Título I, Livro I) da Parte Geral do novo Código Civil nos leva à certeza de que o novo diploma de direito material adotou a tese da reparabilidade dos danos imateriais – *lato sensu* – e não apenas dos danos morais, pois passou a tutelar expressamente os direitos da personalidade, cuja incidência sobre bens imateriais ou incorpóreos lhes confere a denominação de “personalíssimos”⁴¹³.

Esses direitos, bastiões avançados da dignidade humana, elencados na Constituição Federal (Título II – Direitos e garantias fundamentais) passaram a receber a tutela expressa do Código Civil, que passou a conceder ao seu titular o direito subjetivo de cessar sua lesão, ou ameaça de lesão, com poderes ainda de reclamar perdas e danos (art. 12).

Como reforça Renan Lotufo:

o caráter absoluto desses direitos implica o fato de serem oponíveis *erga omnes*, impondo à coletividade respeitá-los. Quem desrespeitar os direitos da personalidade de outrem responderá, dentre outras penas, por perdas e danos, visto que provoca lesão a ser humano determinado, que tem o direito à integridade de sua esfera jurídica, a qual tem por centro e fundamento sua personalidade, sua dignidade humana⁴¹⁴.

Ademais, não se pode afirmar que, pelo fato de o Código Civil se referir, no Capítulo dos Direitos da Personalidade, expressamente a alguns desses direitos fundamentais, como o direito ao corpo (arts. 13 e 14), à recusa

⁴¹³ VENOSA, Silvio de Salvo. *Op. cit.* p. 148-149.

⁴¹⁴ LOTUFO, Renan. **Código civil comentado**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 57.

de tratamento médico (art. 15), ao nome (art. 16-19), à imagem (art. 20) e à vida privada (art. 21), estariam os demais fora do alcance da proteção, pois tal rol é *numerus apertus*: “não é exaustiva a enumeração legal, pois a ofensa a qualquer modalidade de direito da personalidade, dentro da variedade que a matéria propõe, pode ser coibida, segundo o caso concreto”⁴¹⁵.

Pelo exposto, não se pode negar que os arts. 12, 186 e 927 do CC/2002 autorizam a reparabilidade dos danos cometidos contra a pessoa, e não apenas do dano moral.

Historicamente, se observou, tanto no Brasil como no direito comparado, uma classificação dicotômica do dano injusto indenizável, qual seja, a de dano patrimonial e dano moral. O primeiro ofende diretamente o patrimônio suscetível de valoração econômica imediata do sujeito e o segundo causa um abalo psicológico, emocional a uma pessoa (dano moral, também chamado de imaterial ou extrapatrimonial).

Assim, nota-se que a distinção entre dano material e moral está unicamente nos efeitos da lesão. Aguiar Dias leciona que

quando ao dano não correspondem as características do dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral. A distinção, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado⁴¹⁶.

Posteriormente, se passou a considerar uma terceira categoria de dano, qual seja, o dano estético, que, às vezes, é classificado como um dano patrimonial, outras como um dano moral, dependendo de causar ou não um prejuízo econômico ao ofendido.

De toda maneira, nota-se que, paulatinamente, a atenção foi sendo voltada para a proteção da pessoa humana, acima seu patrimônio material, considerando-se, assim, o dano à pessoa como gênero de qualquer dano que possa afetar o sujeito.

⁴¹⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *Op. cit.* p. 154.

⁴¹⁶ DIAS, Aguiar, *Op. cit.* v. II, p. 852.

Sobre a temática, anota Carlos Fernandes Sessarego, que, recentemente, um setor de juristas, com esforço de de maneira paulatina, conseguiu adentrar em nova categoria de danos que até pouco tempo atrás era ignorada ou preterida pelos operadores do direito que, sobre a base de uma formação oitocentista, se preocupavam apenas com o ressarcimento do dano emergente e do lucro cesante e, ocasionalmente, do chamado dano “moral”. Ou seja, centravam sua atenção exclusivamente naqueles danos cujas consequências são traduzíveis em dinheiro. Por sorte, são cada vez menos numerosos os juristas resistentes a aceitar a presença e, conseqüentemente, a necessidade de reparação do dano à pessoa ao lado do dano objetivo ou material. São também mais escassos aqueles que pretendem comprimir o dano imaterial, reduzindo-o ao tradicional dano “moral”⁴¹⁷.

A proteção jurídica da pessoa humana não tem outro fundamento que não o de sua própria qualidade ontológica. Tutela-se a pessoa humana pelo que ela é em si mesma, enquanto sujeito de direito. Sua natureza a faz ser o bem supremo da sociedade e do Estado⁴¹⁸.

Dentro da categoria de dano extrapatrimonial, aparece o dano existencial, que é todo aquele dano que atinge o livre desenvolvimento da personalidade, atrapalhando o projeto de vida do sujeito.

A Corte Constitucional italiana, com a prolatação da sentença 184/86, admitiu uma nova espécie de dano não patrimonial indenizável: o biológico. A partir daí, doutrina e jurisprudência italianos logo passaram a engendrar novos argumentos pela proteção indenizatória absoluta da pessoa contra qualquer agressão aos direitos da personalidade, quer por particulares, quer pelo Estado, independentemente da constatação de prejuízo econômico. A Ciência do Direito se convencia de que uma lesão a qualquer direito fundamental da pessoa afronta a dignidade do ser humano, devendo, pois, ser objeto de ampla tutela e indenizada.

⁴¹⁷ SESSAREGO, Carlos Fernández. **Hacia una nueva sistematización del daño a la persona. Revista de Direito Civil**, n. 75, p. 5-6.

⁴¹⁸ SESSAREGO, Carlos Fernandez. Protección a la persona humana. *Ajuris. Revista da Associação dos Juizes de Direito do Rio Grande do Sul*, n. 56, 1.992, nov., p. 87-142.

Concluiu-se, ao final, que toda lesão aos direitos da personalidade configura dano à existência da pessoa, que se conveio chamar de dano existencial, que integra a tipologia da responsabilidade civil, porquanto indispensável para a proteção e respeito da dignidade do ser humano prevista no ordenamento jurídico italiano no art. 2.º da Constituição da República: “A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, quer como ser individual quer nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade, e requer o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, económica e social”⁴¹⁹

Segundo Patrizia Ziviz, o desenvolvimento económico que possibilitou, ao Ocidente, uma melhora nos níveis dos ganhos de subsistência e diminuição do horário de trabalho, refletiu, a nível sociológico, na tendência de uma valorização do homem, que passa a ser visto como sujeito voltado para um projeto de realizações pessoais. É cada vez mais notável a ideia da pessoa como sujeito doado de um projeto de vida que não se exaure no desenvolvimento do aspecto económico. Essa visão do sujeito é aquela que resulta já prevista constitucionalmente, bastando lembrar que, nesse âmbito, a proteção dos valores de carácter pessoal é objetivo prioritário, por meio do qual se vê uma meta bem definida, qual seja, a garantia do desenvolvimento da personalidade e do pleno desenvolvimento da pessoa humana⁴²⁰.

Portanto, há dano existencial quando houver a violação de qualquer direito fundamental da pessoa, causando alteração danosa no modo de ser do sujeito ou em suas atividades voltadas ao projeto de vida pessoal, independentemente de repercussão financeira ou económica decorrente da lesão.

Seguindo essa tendência doutrinária, foi proferida pela Corte de Cassação italiana a sentença 500, de 22.07.1999 (*Sezione Unite*), admitindo a possibilidade de reparação do dano causado a um interesse legítimo,

⁴¹⁹ ITALIA. Senato della Repubblica. **Costituzione Italiana**. Edizione in língua portoghese. Disponível em: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf (acesso em 02/12/2018)

⁴²⁰ ZIVIZ, Patrizia. **La tutela risarcitoria della persona**. Danno morale e danno esistenziale. Milano: Giuffrè, 1999. p. 411-412.

contentando-se, para efeito de acolhimento da pretensão indenizatória, com a demonstração dos seguintes elementos da responsabilidade civil: a) a injustiça do dano; b) a lesão a uma posição constitucionalmente garantida.

Posteriormente, a Corte de Cassação italiana pronunciou a sentença 7.713, de 07.06.2000 (*Sezione Prima Civile*, Pres. Reale, Rel. Morelli), reconhecendo, assim, o direito ao ressarcimento do dano existencial, espécie do gênero dano extrapatrimonial, coroando o processo evolutivo de proteção à dignidade humana desenvolvido pelas sentenças 184, de 14.07.1986, da Corte Constitucional, e 500, de 27.07.1999, da Corte de Cassação.

Eis o caso que culminou com a sentença 7.713: certo sujeito foi processado criminalmente por violação das obrigações de assistência familiar⁴²¹. Uma vez que foi absolvido sob o fundamento de que a criança nunca esteve realmente necessitada, porquanto sempre tenha sido sustentada pela mãe, a vítima, paralelamente, ajuizou ação civil contra o pai, pedindo ressarcimento pelos danos pessoais sofridos, tanto no aspecto afetivo como no econômico, em consequência do comportamento do pai natural.

O tribunal de Veneza condenou o réu a pagar significativa soma em dinheiro ao filho, “em consequência do seu injusto comportamento”, que violou seu direito fundamental inerente à condição de filho e de menor.

O autor do dano recorreu à Corte de Cassação, sustentando que teria pago toda a dívida alimentar durante o processo, além de ter sido absolvido do crime de violação das obrigações de assistência familiar, não havendo motivo justo para ser condenado civilmente à indenização, tendo em vista que não restaram caracterizadas as hipóteses de dano patrimonial ou moral.

⁴²¹ Art. 570 codice penale: “Chiunque, abbandonando il domicilio domestico, o comunque serbando una condotta contraria all’ordine o alla morale delle famiglie, si sottrae agli obblighi di assistenza inerenti alla potestà dei genitori, alla tutela legale, o alla qualità di coniuge, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa da lire duecentomila e due milioni.

Le dette pene si applicano congiuntamente a chi:

- 1) malversa o dilapida i beni del figlio minore o del pupillo o del coniuge;
- 2) fa mancare i mezzi di sussistenza ai discendenti di età minore, ovvero inabili al lavoro, agli ascendenti o al coniuge, il quale non sia legalmente separato per sua colpa. Il delitto è punibile a querela della persona offesa salvo nei casi previsti dal numero 1 e, quando il reato è commesso nei confronti dei minori, dal numero 2 del presente comma.”

O recurso foi rejeitado e se manteve a condenação, sob o argumento de que o autor da ação era vítima de um dano injusto causado pelo genitor, que retardou o adimplemento da obrigação alimentar, caracterizando-se ofensa ao direito do filho menor de ser tratado com dignidade.

Assim é que se proclamou a ampla e integral tutela à dignidade humana, com o ingresso do dano existencial no Direito, enquanto nova categoria de dano na responsabilidade civil, preenchendo, assim, uma lacuna no sistema de ressarcimento do dano injusto causado à pessoa.

Segundo Claretta Canzi, as questões do novo milênio, preocupado com a afirmação dos direitos fundamentais da pessoa, levam o homem ao centro do mundo e, portanto, à necessidade de tutela de sua existência. Vivemos uma era em que a pessoa em que a pessoa é o verdadeiro protagonista e os problemas e dramas da vida, da existência, passam a ser investigados, também, pelos juristas. Essa foi a tendência seguida pela Suprema Corte, reconhecendo, com a sentença 7.713/00, o direito ao ressarcimento do dano existencial, que o autor vai definir como violação não de um direito a mero conteúdo patrimonial, mas de direitos fundamentais subjacentes e mais significativos da pessoa, colocada no topo da hierarquia de valores⁴²².

O dano existencial como dano indenizável é admissível no nosso ordenamento jurídico, com fulcro nos dispositivos constitucionais que acolhem o princípio da reparabilidade dos danos extrapatrimoniais (CF/88, arts. 1.º, III, e 5.º, V e X).

Ademais, o CC/02 propicia a autorização da reparação do dano existencial nos mesmos termos que autorizam a reparação do dano moral, quais sejam: o art. 12, *caput*: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”; o art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que

⁴²² CANZI, Claretta. **II danno esistenziale**. Disponível em <http://www.uilpadirigentiministeriali.com/Documentazione/Articoli,%20interventi,%20contributi/2009/giugno%202009/18-6-2009/II%20danno%20esistenziale%20di%20Claretta%20Canzi.doc> (acesso em 25 out. 2015).

exclusivamente moral, comete ato ilícito”; art. 927: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”; art. 948: “No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações (...); art. 949: “No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”.

Tudo isso sem falar na jurisprudência confirmadora da legislação (Súmulas 37 do STJ e 491 do STF).

Assim sendo, pode-se concluir que, também entre nós, como já consagrado na Itália, uma ação ou omissão causadora de mudança danosa de perspectiva no cotidiano do sujeito, em seu modo de ser ou nas atividades desenvolvidas com vistas ao seu projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer, deve ser indenizado a título de dano existencial.

Cabe, de toda forma, gastar algumas linhas para discorrer, também, sobre o “dano ao projeto de vida”.

Segundo Sessarego, o dano que atinge o projeto de vida é lesão ao exercício da própria liberdade, sendo que “projeto de vida” é o rumo ou destino que a pessoa outorga a sua vida, é dizer, o sentido existencial derivado de uma valoração prévia. O ser humano, enquanto ontologicamente livre, decide viver de uma ou outra maneira. Escolhe vivenciar, preferencialmente, certos valores, ter uma determinada atividade laboral, ter certos objetivos de vida. Tudo isso constitui o “projeto de vida”: o que a pessoa decide fazer com sua vida⁴²³.

Assim, o dano ao projeto de vida é o

impedimento de que determinado ser humano tenha a possibilidade fática de praticar, baseado em seu livre-arbítrio, conjunto de atos imprescindíveis à execução de planejamento razoável e adaptável de metas e aspirações pessoais (plausíveis e exequíveis) que dão sentido

⁴²³ SESSAREGO, Carlos Fernandez. Apuntes acerca del daño a la persona. In: BORDA, Guillermo A. **La persona humana**. Buenos Aires: La Ley, 2001. Disponível em http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_4.PDF (acesso em 27/12/2018), p. 25. É um conceito

à sua existência e representam aspecto central de sua busca pela autorrealização⁴²⁴.

Sessarego vislumbra três situações de dano ao projeto de vida, a saber: primeiramente, uma frustração total do projeto de vida, acarretando verdadeiro vazio existencial à vítima; pode, também, ser um dano parcial ao projeto de vida, sem impossibilitá-lo por completo; por fim, um dano que retarda a consecução do projeto de vida⁴²⁵. Portanto, vários são os possíveis graus em que o dano ao projeto de vida pode comprometer o futuro da pessoa.

Nota-se que há claras semelhanças entre a figura do dano existencial e o dano ao projeto de vida, mas os autores latino-americanos de origem hispânica tendem a não reconhecer o dano existencial como categoria autônoma ao projeto de vida.

Segundo Sessarego, há três danos não patrimoniais que podem ser causados à pessoa humana, quais sejam: dano biológico – afetando a integridade psicossomática –, dano ao bem-estar integral – dano à saúde – e dano ao projeto de vida⁴²⁶.

O dano existencial, por sua vez, explica Osvaldo Burgos, entra como dano ao bem-estar, posto que impede, à pessoa, a plena fruição da vida em sociedade, não sendo, pois, figura autônoma⁴²⁷.

Contudo, na Itália, tal posicionamento não encontra apoio. Segundo Ziviz e Bilotta, o dano existencial é autônomo e o dano à saúde, por sua vez, entra como espécie daquele gênero. Assim, seriam três as categorias de danos: patrimonial, moral e existencial⁴²⁸.

⁴²⁴ FROTA, Hindemberg Alves, *apud* PORTUGAL, Carlos Giovani Pinto. **Responsabilidade civil por dano ao projeto de vida**. Direito civil contemporâneo e os danos imateriais. Curitiba: Juruá, 2016, p. 98.

⁴²⁵ SESSAREGO, Carlos Fernandez. *Apuntes acerca del daño a la persona...*, p. 26.

⁴²⁶ SESSAREGO, Carlos Fernandes. **Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”**. Disponível em: <http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF> (acesso em 27/12/2018)

⁴²⁷ BURGOS, Osvaldo R. **Daños al proyecto de vida**. Buenos Aires: Astrea, 2012, p. 216.

⁴²⁸ ZIVIZ, Patricia; BILOTTA, F., *apud* KHATIB, Milagros Koteich. **La dispersión del daño extrapatrimonial em Italia: dano biológico vs. “dano existencial”**. Disponível em: http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/koteich_dispersion.pdf (Acesso em 27/12/2018).

Oswaldo Burgos se posiciona acerca da querela no sentido de que ambas as construções doutrinárias resultam em um cerceamento da liberdade da vítima, afetando suas possibilidades de opção, contudo, ao passo que, no dano existencial, retira-se da vítima aspectos vivenciais não econômicos, no dano ao projeto de vida, priva-se a vítima de um futuro até então esperável e factível⁴²⁹.

Optamos, aqui, por não nos posicionar sobre a discussão, vez que, em se tratando de *wrongful birth*, pode-se enquadrar o dano causado à mãe tanto como dano existencial quanto como dano ao projeto de vida.

É dizer, o nascimento da vida inviável viola o projeto de vida da mãe, ao mesmo tempo em que lhe causa dano existencial, visto que ela havia condicionado toda a sua vida ao nascimento de um filho saudável.

A grande dúvida é sobre a situação de *wrongful life*, vez que um feto – ainda mais anencefálico – não possui, obviamente, qualquer “projeto de vida”. Sendo assim, vislumbramos três possíveis saídas para qualificar o dano vida na situação de *wrongful life*: a primeira seria entendê-lo como espécie do próprio dano existencial; a segunda seria entendê-lo como espécie de dano pela perda de uma chance; a terceira, compreendê-lo como uma categoria autônoma de dano extrapatrimonial.

Quanto à perda de uma chance, temos que ela ocorre “quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante”⁴³⁰. A “chance” aqui residiria na possibilidade de que, caso o médico tivesse cumprido o dever de informar à mãe sobre a condição de deficiência congênita do feto, ele não teria sido trazido ao mundo para viver uma vida inviável. De toda forma, entendemos que, para se aplicar a perda de uma chance nesse caso, a mãe

⁴²⁹ BURGOS, Oswaldo R. *op. cit.*, p. 217.

⁴³⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 75.

deveria ter deixado claro para o obstetra o interesse na interrupção da gravidez em caso de vida inviável.

Feito esse apanágio geral sobre danos, passamos ao estudo da responsabilidade civil do médico.

3.3.1 Notas sobre a responsabilidade civil do profissional médico

Nas palavras de Fernando Savater, “com a instituição social da pessoa, nasce o conceito eticamente básico de *responsabilidade*, que é tanto a vocação de responder *ante* os outros, quanto ser responsável *pelos* outros”⁴³¹.

Trataremos, nesse tópico, da responsabilidade civil do profissional médico, mas, antes, é necessário discorrer sobre a relação médico-paciente.

3.3.1.1 Da relação médico-paciente, da boa-fé e da obrigação médica

A história da medicina foi revolucionada pelo grego Hipócrates, que enfatizou a necessidade de separar ciência e credence, bem como possibilitou um meio mais fácil de diagnosticar várias doenças, por intermédio de tratados clínicos que ele organizou. Além disso, Hipócrates estabeleceu a ética médica por intermédio de seu famoso juramento, que até hoje é proferido pelos médicos quando de sua graduação, que fala sobre a responsabilidade humana e social daquele que exerce a medicina⁴³².

Houve momentos na História em que o médico foi perseguido e ameaçado devido às experiências e pesquisas realizadas, as quais questionavam valores morais e éticos. Por medo de represálias é que surge o paradigma paternalista, levando os médicos a privarem o paciente de maiores informações sobre a doença e o tratamento⁴³³.

De fato, conforme lição de Ricardo Lorenzetti,

⁴³¹ SAVATER, Fernando. **Ética como amor-próprio**. Trad. E. Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 149.

⁴³² BORGES, Gustavo; MOTTIN, Roberta Weirich. Responsabilidade civil por ausência de consentimento informado no atendimento médico: panorama jurisprudencial do STJ. **Revista de Direito Privado**. vol. 64/2015, p. 119 - 143. Acessado pela plataforma RT Online.

⁴³³ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **O dever de informar dos médicos e o consentimento informado**. 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2009, p. 39.

na Grécia, por exemplo, considerava-se impróprio que o paciente participasse das decisões ou estivesse informado. Hoje dá-se à informação tamanha relevância que lhe foi conferido *status* constitucional, já que o art. 42 da Constituição Argentina adverte que os consumidores têm direito a uma ‘informação adequada’⁴³⁴.

Isso também acontece no Brasil, já que a defesa do consumidor é consagrada como direito fundamental no art. 5º, XXXII, da CF/88 e o CDC, instituído após esse reconhecimento, reconhece o direito à informação como direito básico do consumidor.

A ideia de que a participação ativa do paciente na tomada de decisões sobre o que seja melhor para sua saúde é completamente inconcebível para o médico grego, porque só ele, enquanto médico-filósofo, pode saber como restaurar a ordem natural e, portanto, moral, do microcosmos do corpo do paciente. Ao trabalhar dessa maneira, os médicos hipocráticos buscavam honradamente o bem maior para o paciente, por meio de um princípio moral básico a que se chama princípio da beneficência. Dessa maneira, os médicos trabalhavam da mesma maneira que um pai trabalha com seus filhos. São uma beneficência e uma excelência paternalistas, que constituem o substrato moral do modelo de relação médico-paciente típico da medicina grega, o paternalismo⁴³⁵.

De fato, a própria palavra “enfermo” vem do latim “*infirmus*”, que significa “débil”, “sem firmeza”, tanto firmeza física quanto moral. Justamente por isso, historicamente, é até esperado que não se solicite a opinião ou o consentimento do paciente⁴³⁶.

Durante séculos, a prática médica encontrava base apenas no ouvir e examinar o paciente, vez que os medicamentos tinham eficácia muito limitada, os meios de diagnóstico eram escassos, as cirurgias não possuíam muita tecnologia, de forma que cabia ao médico apenas apoiar o doente no curso da doença⁴³⁷. Não se reconhecia, até quase o fim da Idade Moderna, direitos da

⁴³⁴ LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos do direito privado**. trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998, p. 132.

⁴³⁵ SIMÓN, Pablo. **El consentimiento informado**. Madrid: Triacastela, 2000, p. 28.

⁴³⁶ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de Direito Civil**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 29.

⁴³⁷ MACHADO, Hélder. **Ciência & Humanismo: novo paradigma da relação médico-paciente**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 11.

personalidade do paciente, que era visto pelo médico apenas como um “corpo físico no qual se processam reações bioquímicas e elétricas”⁴³⁸.

Carlos Ragazzo afirma que

em certa medida, o modo de agir peculiar ao paternalismo permanece até hoje. Não são poucos os médicos que continuam impondo a relação assimétrica aos seus pacientes, impedindo-os de exercer maior influência sobre as decisões médicas que os concernem, por não fornecerem informações adequadas sobre diagnósticos e tratamentos⁴³⁹.

Com a revolução industrial, entra a noção de risco nas relações humanas. Essa ideia de risco dentro da ciência fica ainda mais evidente após a Segunda Grande Guerra, onde probabilidade, incerteza e risco, ideias centrais no pensamento científico, acabam fluindo para a sociedade e chegando ao Direito. Agora, o risco não é mais simplesmente o da produção em massa, mas a imprevisibilidade de que efeitos indesejados ou mesmo impensados, que não apareciam nos testes do produto ou da tecnologia, se manifestem⁴⁴⁰.

Assim, a tecnologia trouxe o avanço da medicina, com novas terapias e medicamentos, mas isso levou, também, ao aparecimento de novos riscos, tais como efeitos colaterais de tratamentos, acontecimentos indesejáveis durante procedimentos, e.g. complicações cirúrgicas, infecções hospitalares, dentre outros, hoje, fazem parte da medicina. De fato, conforme lição de André Gonçalo Dias Pereira, a medicina “tornou-se mais eficaz e, por isso, mais agressiva, mais invasiva, potencialmente mais perigosa, por meios cirúrgicos químicos, exploratórios”⁴⁴¹.

E a tecnologia acaba por substituir a relação entre médico e paciente, vez que corta a conversa entre as duas partes, relegando à ação terapêutica da personalidade médica por baixo do consumo das soluções tecnológicas. A redução de custos e o contínuo desligamento por parte do Estado da saúde pública – que leva a uma translação de riscos para o setor privado – configurou uma situação conflituosa e pouco terapêutica na qual o médico dispõe de pouco

⁴³⁸ ISMAEL, J. C. **O médico e o paciente**: breve história de uma relação complicada. São Paulo: T. A. Queiroz, 2002, p. 46.

⁴³⁹ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Op. cit.*, p. 42.

⁴⁴⁰ STAJN, Rachel. Direito e Incertezas da Biotecnologia: custo social das pesquisas. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: 2000, n. 119, p. 39.

⁴⁴¹ PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Op. cit.*, p. 28.

tempo para conversar com o paciente. Essa falta de tempo nas consultas provoca a ignorância do médico sobre todas as situações conexas à doença do paciente. Médicos prestigiados, como Dr. Mainetti, viram, nesse problema e na baixa remuneração dos médicos a causa de um uso da tecnologia como método defensivo e a substituição do diálogo entre médico e paciente: a falta de tempo, assinala Mainetti, leva o profissional a se dedicar menos a seu paciente. Não o examina e, por conseguinte, utiliza, em substituição à revisão, a tomografia computadorizada, a ecografia ou a ressonância magnética. Não obstante, o problema não se esgota aqui: a crise econômica obriga os médicos a cuidar dos custos das práticas médicas que solicitam, requisitando, muitas vezes, exames que não estão cobertos pelos planos de saúde, demandando um custo adicional aos pacientes, dinheiro que muitas vezes não possuem. A sensação é que, quanto mais dependente a medicina se torna da tecnologia, menos os pacientes falam com seus médicos⁴⁴².

Além disso, as faculdades de medicina não mais formam médicos, mas apenas os informam sobre alguns conhecimentos básicos. A massificação do ensino universitário provoca essas práticas, já que é impossível transmitir conceitos científicos modernos que sejam paralelamente postos em prática a milhares de alunos. Simplesmente se produz “médicos em série” que vão para a sociedade com um título que lhes habilita a praticar a arte de curar⁴⁴³.

Outra razão para o distanciamento entre médicos e pacientes é o fortalecimento da medicina privada, ocasionado pelo deplorável estado em que se encontra a saúde pública, “eliminando quase completamente a confiança, o respeito e, deve-se até mesmo admitir, um certo temor reverencial que anteriormente se nutria pelos médicos”⁴⁴⁴.

De fato, pressionados por tempo e custos, os profissionais da medicina acabam dispendendo menos atenção aos seus pacientes, atendendo

⁴⁴² PIATANIDA, Luis E. El Médico y la Sociedad. In: GHERSI, Carlos A. (Org.). **Derecho de los Pacientes al Servicio de Salud: contrato y responsabilidad médica**. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p. 24.

⁴⁴³ Ibidem, p. 46.

⁴⁴⁴ SANTANA, Danilo Borges. Dano à Saúde – Direito do paciente à verdade. **Revista do CAAP**. Belo Horizonte: 1999, n. 6, ano IV, p. 203.

muitos pacientes em pouco tempo, até mesmo pelo fato de os planos de saúde pagarem valores que a classe médica considera muito baixos⁴⁴⁵.

De toda forma, de volta à superação do paternalismo, temos que, a partir do século XVI, inicia-se movimento socio-político tendente ao reconhecimento da liberdade e, por conseguinte, da autonomia da pessoa, superando-se o padrão paternalista que também dominava relações políticas, em modelos autocráticos que impediam a participação popular no processo decisório.

Nesse contexto, John Locke tem papel fundamental, com uma teoria política que descreve o estado de natureza do homem como situação de liberdade e igualdade, condição em que os homens são livres para decidir suas ações e dispor de seus bens, e a igualdade como situação onde a reciprocidade determina todo poder e competência⁴⁴⁶.

De fato, conforme lição de Mário Lúcio Quintão Soares,

Locke tornou-se marco teórico do Estado liberal de direito, ao preconizar o poder civil derivado do consentimento popular. Sua doutrina, ao justificar a *Glorious Revolution*, demonstra que a liberdade só pode existir graças à limitação do poder estatal pelo consentimento dos membros da comunidade, quando os direitos naturais individuais pertinentes à vida e à propriedade forem, legalmente, salvaguardados e protegidos⁴⁴⁷.

A partir da revolução gloriosa, cai o poder paterno e despótico do Estado.

A obra de Kant também tem fundamental importância, ao situar a vontade autônoma e o indivíduo como centro da nova organização político-econômica das estruturas sociais, assegurando-se a liberdade e outras garantias constitucionais⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Op. cit.*, p. 48.

⁴⁴⁶ LOCKE, John. **The Second Treatise of Government**. Disponível em: <https://earlymoderntexts.com/assets/pdfs/locke1689a.pdf> (acesso em 26/12/2018), p. 3-4.

⁴⁴⁷ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 60.

⁴⁴⁸ Sobre isso, ver, por todos, além da obra do próprio Kant, BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emmanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarin, 2000.

Nesse contexto, dá-se autonomia ao cidadão para participação política e ao paciente para opinar no tratamento. Quando se fala em autonomia, interessante ter em mente que ela significa

a capacidade de compreender a própria situação e perseguir objetivos pessoais sem estar dominado por coações (Beauchamp; McCullough). O termo autonomia, de acordo com sua origem etimológica grega, significa autogoverno, referindo-se ao poder da pessoa em tomar decisões que afetem sua vida, sua integridade físico-psíquica, suas relações sociais (Fortes). Respeitar a autonomia é reconhecer que ao indivíduo cabe possuir certos pontos de vista, sendo ele quem deve deliberar e tomar decisões segundo seu próprio plano de vida e ação, embasado em crenças, aspirações e valores próprios, mesmo quando diverjam daqueles dominantes na sociedade (Gracia, 1990). Na realidade, ao falar em autonomia estamos acatando o imperativo categórico kantiano que coloca o ser humano como um fim em si mesmo⁴⁴⁹.

No caso específico do Brasil, a mudança do paradigma paternalista começa a partir da vinda da coroa portuguesa para o Brasil e, posteriormente, a independência do Brasil, que trouxe forte influência francesa. Na lição de Brunello Stancioli, temos que

médicos franceses e americanos traziam na bagagem o novo modelo, que seria adotado com vigor após o advento da República: o sanitarismo higienista. Parece que a lusofobia, instaurada nas terras da ex-colônia portuguesa, buscava raios de luz, ainda que pálidos, advindos do iluminismo instaurado na França e estendido, em suas bases ideológicas, à jovem nação americana⁴⁵⁰.

Era um período em que as cidades se viam assoladas por epidemias e, a partir daí, passa-se a priorizar a prevenção de doenças em detrimento da cura. Surge, além disso, a chamada medicina social, em contraposição à medicina individual, considerada demasiado arcaica⁴⁵¹.

Sobre esse fenômeno, Michel Foucault afirma que

“a partir do momento em que o hospital é concebido como um instrumento de cura e a distribuição do espaço torna-se um instrumento terapêutico, o médico passa a ser o principal responsável pela organização hospitalar”⁴⁵².

⁴⁴⁹ BENFICA, Francisco Silveira. A autonomia dos docentes e o ordenamento jurídico. **Opinio Jure**. Canoas: 1996. N. 5, p. 5.

⁴⁵⁰ STANCIOLI, Brunello Souza. **Relação jurídica médico-paciente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 4-5.

⁴⁵¹ Ibidem, p. 14.

⁴⁵² FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. 109.

A partir daí é que a medicina se torna crucial para o Estado, o qual, fazendo uso de mecanismo jurídicos, passa a disciplinar e controlar a saúde, dando o suporte jurídico que a medicina sanitarista precisava, inclusive criando Códigos Sanitários e até uma polícia sanitária⁴⁵³.

Uma vez que as grandes epidemias foram erradicadas,

voltam-se os olhares para a relação individual do médico com seus pacientes em seus tratos diários, com a humanização da medicina, visando resgatar a pessoa humana 'por trás' do paciente que antes era visto como um objeto, numa clara estratégia discursiva de reificação, pois como coisa não seria dotado de vontade, para uma postura participativa e dialogada, com compromissos mútuos, contratual⁴⁵⁴.

De fato, nem médicos nem pacientes se viam satisfeitos com o modelo paternalista. Em partes, a superação desse modelo se deve à própria medicina, que se tornou ciência cada vez mais precisa⁴⁵⁵.

Até poucos anos atrás, procedimentos médicos eram realizados mesmo contra a vontade do paciente, mas, a partir do aumento da divulgação dos conhecimentos médicos no século XXI, bem como a conscientização das pessoas acerca de seus direitos e garantias fundamentais, como a própria vida e a autonomia privada, passou-se, recentemente, a entender que cabe ao próprio paciente saber o que é melhor para si mesmo⁴⁵⁶.

Os avanços científicos e tecnológicos na biologia e na medicina nas últimas décadas têm sido tão rápidos que se faz necessário refletir sobre o comportamento dos médicos com relação às novas situações que apareceram concernindo a assuntos, tais como vida, saúde e, principalmente, à relação entre médico e paciente⁴⁵⁷, é dizer, essa relação precisa ser democratizada e, mais que isso, humanizada. Esse movimento visa à valorização da dignidade humana, de forma que a medicina não mais estabeleça um vínculo de submissão do paciente a todas as decisões do esculápio, reconhecendo-se sua autonomia,

⁴⁵³ CALADO, Vinicius de Negreiros. **Responsabilidade civil do médico e consentimento informado**: um estudo interdisciplinar dos julgados do STJ. Curitiba: Juruá, 2014, p. 70.

⁴⁵⁴ Ibidem, p. 70-71.

⁴⁵⁵ PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Op. cit.*, p. 28.

⁴⁵⁶ SOUZA., Neri Tadeu Câmara. Erro médico e consentimento informado. **Revista Jurídica Empresarial**, vol. 1, n. 3. p. 77-87. Porto Alegre: jul.-ago. 2008.

⁴⁵⁷ BORGES, Gustavo. **Erro médico nas cirurgias plásticas**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 80.

protegida pela lei e mesmo pelas normas éticas das profissões da saúde⁴⁵⁸.

Com a autonomia do paciente, surge um dever de informar do médico, vez que não se pode realizar um tratamento sem o conselho adequado, já que o médico desrespeito o direito à autonomia do paciente. O dever de informar do médico é uma questão existencial da própria autonomia humana⁴⁵⁹.

No momento atual,

o respeito à autonomia da vontade do paciente está contido nos regramentos da profissão, como dever ético, passando-se assim de uma relação paternalista para uma relação contratualista em que o outro é reconhecido como tal, inexistindo a submissão de outrora, havendo um verdadeiro compartilhamento do poder médico, com compromissos assumidos de parte a parte. Nesta relação compartilhada de poder, ao paciente é assegurado ética e juridicamente o direito de decidir sobre sua saúde, seu corpo e sua vida, sob a orientação e conselhos do médico⁴⁶⁰.

Há controvérsia na doutrina a respeito da natureza da responsabilidade civil médica; se esta decorre de uma relação contratual ou extracontratual entre médico e paciente.

Na responsabilidade contratual, o dever jurídico violado pelo devedor tem como origem a própria vontade das partes, que estabelecem, previamente, uma relação jurídica fundada na autonomia da vontade e regida pelas regras comuns dos contratos. A responsabilidade extracontratual, por sua vez, importa violação de um dever estabelecido por lei, ou pela ordem jurídica, como o dever de não causar dano a outrem, por exemplo. Na responsabilidade extracontratual inexistente qualquer liame jurídico prévio entre o agente causador do dano e a vítima. A responsabilidade contratual decorre de um contrato ajustado livremente e de boa-fé, entre paciente e médico, conforme previsão dos arts. 389 a 400 do CC/2002, que determina questões como o adimplemento e a mora decorrentes das declarações de vontade.

Diz-se que a responsabilidade civil por ato médico tem natureza contratual, o qual pode decorrer do adimplemento, do inadimplemento ou do mau adimplemento de um contrato que institui a relação jurídica consumerista entre

⁴⁵⁸ Ver, por todos, SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

⁴⁵⁹ FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: RT, 2002, p. 134.

⁴⁶⁰ CALADO, Vinicius de Negreiros. *Op. cit.*, p. 74.

médico e paciente⁴⁶¹.

Gustavo Borges ensina que a relação entre médico e paciente será entendida como contratual sempre que resultar de um negócio jurídico prévio, mesmo que sem instrumento contratual escrito, e extracontratual quando não houver prévio consentimento do paciente, a exemplo do atendimento médico em nosocômio público, ou, ainda, do atendimento de urgência ou emergência⁴⁶².

Conforme a lição de Miguel Kfoury Neto⁴⁶³, a obrigação do médico é contratual, ainda que, em algumas situações, ela tenha origem exterior ao âmbito contratual, e.g., no caso de médico que socorre vítima inconsciente na rua.

Diz-se, também, que a obrigação médica é “obrigação de meio” ou “diligência”, pois o profissional assume o dever de praticar sua atividade conforme regras e métodos recomendados pela profissão, proporcionando ao paciente os cuidados necessários e condizentes com o avanço científico⁴⁶⁴. Sendo assim, a vítima é obrigada a provar que o médico falhou culposamente e lhe causou dano.

A partir do momento em que entendemos a relação médico-paciente como relação contratual, há que se ser um pouco mais específico, entrando, também, na natureza desse contrato. Poder-se-ia dizer que é apenas um contrato de consumo, mas, mais que isso, é um contrato existencial. Por isso, necessário gastar algumas linhas para tratar dos contratos existenciais.

Atualmente, o instituto do contrato já não é apenas o jogo econômico-liberal entre dois contratantes, mas constitui importante ferramenta rumo à efetivação de direitos sociais⁴⁶⁵. Se, antes, havia um padrão de massificação social que gerava um paradoxo entre contratos paritários e contratos de adesão,

⁴⁶¹ Ver SOTTO, Débora. O dever de informar do médico e o consentimento informado do paciente. Medidas preventivas a responsabilização pela falta ou deficiência de informação. **J Vasc Br**, vol. 2, n. 3. 2003.

⁴⁶² BORGES, Gustavo; MOTTIN, Roberta Weirich. Responsabilidade civil por ausência de consentimento informado no atendimento médico: panorama jurisprudencial do STJ. **Revista de Direito Privado**. vol. 64/2015, p. 119 - 143. Acessado pela plataforma RT Online.

⁴⁶³ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 7.ed. São Paulo: RT, 2010, p. 74.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, p. 75.

⁴⁶⁵ MARQUES, Claudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In: **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: RT, 2007, p. 36.

passa-se, paulatinamente, a um novíssimo modelo que gera a dicotomia entre contratos empresariais (apenas com objetivo de lucro) e os chamados contratos existenciais⁴⁶⁶.

De fato, Fernando Martins leciona que

o alargamento do capitalismo a partir da industrialização é tranquilamente constatável pelo surgimento de novos atores (empregado, consumidor, prestador de serviços), novos setores (como o de consumo, o digital, o desportivo), na intensificação da empresa (estrutura juridicamente organizada), no recrudescimento das cidades (*locus* das titularidades dominiais transformada pelo urbanismo), na formação de inéditas opções da vida social (incremento da cultura e lazer) e nas multifacetadas possibilidades de construção, invenção, comercialização, distribuição de produtos e serviços no mercado⁴⁶⁷.

E, nesse contexto, há mudanças na sociedade que alteram imediatamente os negócios jurídicos e o direito obrigacional, tornando-se a teoria da vontade insuficiente na sustentação desse contrato massificado, vez que, agora, há um fluxo de rapidez exigente ao tráfego jurídico, a base subjetiva acaba tornando a interpretação insegura, considerando o conflito entre predisponente e aderente, com vários vícios do consentimento, vez que o predisponente determina todos, ou quase todos, os aspectos da contratação, gerando certa inutilidade hermenêutica na solução de conflitos⁴⁶⁸. Além disso, opera-se uma despersonalização dos contratantes, que, agora, são totalmente desconhecidos um do outro, separados por estipulantes, redes contratuais e meios informáticos ou telemáticos de contratação⁴⁶⁹.

Tais mudanças também se operaram no âmbito da responsabilidade civil, havendo a substituição da teoria da culpa pela do risco⁴⁷⁰.

⁴⁶⁶ MARTINS, Fernando Rodrigues. Contratos existenciais e Intangibilidade da Pessoa Humana na Órbita Privada: Homenagem ao Pensamento Imortal de Antônio Junqueira de Azevedo. In: MARTINS, Fernando Rodrigues. **Direito privado e policontextualidade**. Fontes, Fundamentos e Emancipação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 301-302.

⁴⁶⁷ Ibidem, p. 303.

⁴⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 2000, p. 206.

⁴⁶⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. São Paulo: RT, 2004, p. 64. Ver também: MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos de consumo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 133-139; CANTO, Rodrigo Eidelwein do. **A vulnerabilidade dos consumidores no comércio eletrônico**: reconstrução da confiança na atualização do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 2015, p. 78-94.

⁴⁷⁰ Sobre isso, ver SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 9-54.

Na perspectiva da objetivação, o contrato

é consentâneo ao fortalecimento das empresas e a racionalização do processo econômico (obtenção de lucros, previsão de custos e repartição de riscos) despregando-se da sombra acessória e servil do instituto da propriedade [...]. *Isoladamente, o contrato representava imanência, não se preocupava com o ambiente social (convivência), munido de efeito fronteiro aos contratantes. Parece básico que o contrato assim perspectivado não representava instrumento essencial para o desenvolvimento e transformação da pessoa humana e da sociedade, sendo que a pouca justificação externa na relação intersubjetiva advém da força obrigatória do contrato*⁴⁷¹.

Nesse recrudescimento das esferas empresariais, passa-se a perceber o aparecimento de massas anônimas de usuários cujas contratações passam a ser feitas mediante processos objetivos, impessoais e uniformes, prescindindo-se da declaração de vontade como exigência para a contraprestação, vez que a reciprocidade surge a partir de elementos de vinculação, o que leva ao aparecimento do que G. Haupt vem a chamar de relações contratuais de fato⁴⁷².

Com a difusão do contrato em vários seguimentos, acaba-se gerando uma espécie de pancontratualismo, levando o contrato a substituir o poder público em várias tarefas⁴⁷³, levando-o à categoria de instrumento para o tráfego de relações jurídicas fundamentais⁴⁷⁴, tais como moradia, saúde, educação, etc.

A partir daí, temos o contrato como sistema, processo e instituição⁴⁷⁵.

Enquanto *sistema*, porque o contrato deixa de ser mera relação jurídica bilateral, vez que há, agora, uma coletividade de partes contratantes, além de contratos conexos, gerando redes contratuais⁴⁷⁶.

Enquanto *processo* na medida em que há que se analisar o contrato não só a partir da ótica de sua celebração e execução, mas, também, o período

⁴⁷¹ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Contratos existenciais...*, p. 304-305.

⁴⁷² LARENZ, Karl, **Derecho de Obligaciones**, t. I. Trad. Jaime Santos Briz. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 60.

⁴⁷³ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Contratos existenciais...*, p. 309-310.

⁴⁷⁴ LARENZ, Karl. **Derecho civil**: parte general. Trad. Miguel Izquierdo e Macias-Picavea. Madri: Revista de Derecho Privado, 1978, p. 44.

⁴⁷⁵ LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoría general del contrato y de los servicios**: una teoría sistémica del contrato. Contratos de servicios a los consumidores. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 18.

⁴⁷⁶ ITURRASPE, Jorge Mosset. **Contratos conexos**: grupos y redes de contratos. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 132.

pré-contratual e pós-contratual, sem deixar de ter em mente a existência de contratos chamados “cativos”, ou de longa duração, admitindo-se a constante modificação do objeto obrigacional, considerando a inerente desmaterialização da obrigação⁴⁷⁷.

Enquanto *instituição*, vez que delineiam funcionalidade específica e, além disso, não podem prejudicar o ambiente econômico, observando-se a regra do desenvolvimento sustentável⁴⁷⁸.

A tormentosa querela de analisar, interpretar e realizar a integração dos contratos privados, além do sistema inerente, não se encontra arrimada tão somente na circulação jurídico-econômica de riquezas, mas, também, no reconhecimento da pessoa, dos direitos fundamentais e situações existenciais como ponto de partida da dogmática, principalmente a partir da supracitada “virada kantiana” no Direito, especialmente no Direito Privado.

Assim, surge o supramencionado paradoxo entre contrato empresarial (que almeja única e exclusivamente ao lucro) e contrato existencial (que almeja à promoção da pessoa humana).

Nas palavras de Antônio Junqueira de Azevedo,

essa dicotomia não visa eliminar outras já existentes no direito contratual, como a divisão milenar entre contratos onerosos e gratuitos, ou aquela própria do direito contratual do século XX, entre contratos de adesão e contratos paritários. A nova dicotomia, própria do século XXI, procura conciliar o funcionamento estável da economia e um desenvolvimento econômico cego ao valor da pessoa humana. Os três níveis de contrato, o econômico, o jurídico e o social devem ser conciliados⁴⁷⁹.

Quando se fala em contrato existencial, no plano subjetivo, temos um predisponente desumanizado, caracterizado pela empresa, empregador, fornecedor de serviços, etc., e um aderente pessoa natural. No plano objetivo, a obrigação, em que pese o inegável valor econômico, será de todo exigível para preservar a vida do vulnerável, a integralidade do usuário, ou a preservação do mínimo existencial. É de se ressaltar, portanto, que a patrimonialidade da

⁴⁷⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Contratos existenciais...*, p. 313.

⁴⁷⁸ LORENZETTI, Ricardo Luís. *Op. cit.*, p. 17.

⁴⁷⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 185.

prestação está submetida à intangibilidade da pessoa humana. Portanto, nos contratos existenciais, há os inexoráveis filtros da pessoa humana e ausência do lucro⁴⁸⁰.

Essa proteção especial que se dá aos contratos existenciais encontra arrimo na recepção da dignidade humana enquanto valor máximo do direito privado, conforme explanado nos itens 2.1.1, 2.1.2 e 2.1.3 *supra*.

Além de tudo, há que se observar os contratos existenciais no plano da existência, da validade e da eficácia, “os três planos nos quais a mente humana deve sucessivamente examinar o negócio jurídico, a fim de verificar se ele obtém a plena realização”⁴⁸¹.

No plano da existência, os contratos existenciais possuem os mesmos elementos e pressupostos que quaisquer outros negócios jurídicos: forma, objeto, circunstâncias negociais, agente, tempo e lugar do negócio.

Não obstante, há que se observar que existe um especial tónus vital, vez que, para um contrato ser reconhecido como existencial, deverá ser formulado por pessoa natural (podendo ser jurídica, desde que não tenha fins lucrativos) e o objeto deverá ser a subsistência de, ao menos, uma dessas partes⁴⁸².

Registre-se, também, que o princípio da autonomia privada “é convidado a dinamizar o estabelecimento de condições para o pleno desenvolvimento da pessoa humana”⁴⁸³.

⁴⁸⁰ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Contratos existenciais...*, p. 317-318. Quando o autor fala em “ausência de lucro”, ele não quer dizer que nenhuma das partes vai receber lucro a partir da relação jurídica desenvolvida, mas, sim, que o objeto da relação contratual instituída não será a obtenção do lucro pelo lucro, mas, sim, a prestação de um serviço ou a entrega de um produto cujo fim último é a promoção da pessoa humana, ao contrário dos contratos empresariais, em que as partes são empresas e ambas almejam única e exclusivamente ao lucro. O autor ressalta ainda que “há mesmo certa hierarquização dos contratos existenciais sobre os contratos empresariais, considerando a *essencialidade* intrínseca, o que justifica a intervenção mais ativa e necessária dos órgãos protetivos e da respectiva legislação”.

⁴⁸¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 34.

⁴⁸² MARTINS, Fernando Rodrigues. *Contratos existenciais...*, p. 326.

⁴⁸³ *Ibidem*, p. 327. O autor, aliás, cita, como exemplo, o contrato médico: “pense no contrato de prestação de serviços entre genitores de determinado núcleo familiar com sérios problemas de fertilização com profissional médico apto às técnicas de inseminação”.

No plano da validade, uma vez que esta implica que todos os requisitos do negócio jurídico sejam atendidos pelas partes, sendo que o desatendimento a algum requisito implicará na invalidade do negócio, tornando-o inútil ao fim a que se destina⁴⁸⁴, nota-se uma omissão legislativa quanto aos requisitos normativos de eticidade referente aos contratos existenciais, além de melhor atuação do Judiciário, por intermédio do chamado “ativismo progressista”, bem como maior combatividade dos órgãos que tutelam direitos fundamentais⁴⁸⁵. É assim porque, nos contratos existenciais, a boa-fé é muito maior do que entre contratos empresariais⁴⁸⁶.

No plano da eficácia, recorda-se do princípio da função social do contrato, em que a “dimensão do civismo e solidarismo contratual são exigentes de tutela própria à intangibilidade da pessoa nos contratos existenciais. Nessa esteira de ressaltar que a convivência num mundo de necessidades importa em muitas ocasiões, inclusive, no *dever de contratar* em situações de monopólio ainda mais quando o objeto contratual tem supedâneo em bens ou serviços *vitais* sem os quais a pessoa tem bastante mitigada sua *qualidade de vida*”⁴⁸⁷.

Assim, ainda que o contrato não perca seu caráter econômico e patrimonial, existe uma guinada epistemológica nos contratos existenciais, acompanhando tendência global no sentido de que o *telos* do direito nas relações existenciais passa por valores inegociáveis e intangíveis de emancipação da pessoa humana, exigindo-se solidariedade do contratante que almeja ao lucro.

Cabe, a partir de agora, falar da boa-fé no âmbito da obrigação médica.

Via de regra, a obrigação médica contratual é regida pelo diálogo de fontes entre o CC/02 de o CDC⁴⁸⁸ e em ambas as codificações, há princípios norteadores embasados na boa-fé.

⁴⁸⁴ NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 70-88.

⁴⁸⁵ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Contratos existenciais...*, p. 327.

⁴⁸⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de *apud* MARTINS, Fernando Rodrigues. *Contratos existenciais...*, p. 328.

⁴⁸⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Contratos existenciais...*, p. 330.

⁴⁸⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo de fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, v. 51, jul./set. 2004, p. 57.

Antes mesmo do advento do CC/02, ainda que não houvesse cláusula geral de boa-fé no CC/16, como há no §242 do BGB, ou no art. 227, n.1, do CC/66, já se reconhecia a boa-fé em nosso sistema jurídico, já que ela é um dos princípios fundamentais do direito privado⁴⁸⁹.

No CDC, a boa-fé aparece como princípio fundamental das relações de consumo, conforme art. 4º, III e, também, como cláusula geral de controle de cláusulas abusivas, no art. 51, IV. Já no CC/02, a cláusula geral de boa-fé aparece nos arts. 113 e 422, nos princípios regentes dos negócios jurídicos e dos contratos, respectivamente.

Assim, a boa-fé tem natureza de dever contratual geral, vez que gera outros deveres, além dos principais, os quais não necessariamente possuem correspondência expressa na lei ou no contrato, nem derivam de relação obrigacional ou do dever de adimplemento⁴⁹⁰.

De fato, a cláusula geral de boa-fé penetra em todas as relações jurídicas privadas⁴⁹¹, possuindo forte conteúdo ético⁴⁹².

É dizer,

a boa-fé surge, com frequência, no espaço civil. Desde as fontes do Direito à sucessão testamentária, com incidência decisiva no negócio jurídico, nas obrigações, na posse e na constituição de direitos reais, a boa-fé informa previsões normativas e nomina vectores importantes da ordem privada. As figuras de ponta da civilística estão-lhe associadas: a culpa na formação dos contratos, o abuso do direito, a modificação das obrigações por alteração das circunstâncias e a complexidade do conteúdo obrigacional⁴⁹³.

A boa-fé objetiva possui algumas funções, a saber: função de cânone hermenêutico-interpretativo, função de norma de criação de deveres jurídicos,

⁴⁸⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 65.

⁴⁹⁰ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 210.

⁴⁹¹ FABIAN, Cristoph. *Op. cit.*, p. 59.

⁴⁹² SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 42.

⁴⁹³ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 17.

função de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos⁴⁹⁴ e função harmonizadora⁴⁹⁵.

Quando se diz que a boa-fé objetiva é cânone hermenêutico-interpretativo, temos que ela preenche lacunas, inclusive qualificando comportamentos não previstos, mas essenciais à própria *fattispecie* contratual e à produção completa dos efeitos da obrigação contratual⁴⁹⁶.

Além disso, ela é criadora de deveres jurídicos – cabendo a remissão ao escorço feito sobre deveres jurídicos no item 2.3 *supra* –, vez que estabelece deveres instrumentais, anexos aos principais, os quais se subdividem em deveres secundários meramente acessórios da obrigação principal e deveres secundários como prestação autônoma, sendo que os primeiros decorrem diretamente do objeto do contrato, ao passo que os segundos independem deste objeto, podendo ser violados mesmo que a obrigação principal tenha sido satisfeita⁴⁹⁷. É o caso, por exemplo, do dever de informar⁴⁹⁸.

A função da boa-fé objetiva de limitar o exercício de direitos subjetivos vem da superação do antigo dogma da autonomia da vontade, destacando-se forte trabalho doutrinário e jurisprudencial no sentido de compreender a impossibilidade de resolução contratual com fulcro na boa-fé objetiva, aplicando-se essa função, exemplificativamente, em situações de adimplemento substancial, na tutela da confiança e na violação do sinalagma contratual⁴⁹⁹.

De fato, conforme lição de Teresa Negreiros,

a fundamentação constitucional da boa-fé objetiva centra-se na idéia da dignidade da pessoa humana como princípio reorientador das relações patrimoniais. Nossa hipótese é a de que o quadro principiológico previsto constitucionalmente inverte, na medida em que elege a pessoa humana como ápice valorativo do sistema jurídico, a relação de subordinação entre o **direito** à autonomia privada e o **dever**

⁴⁹⁴ Essas três funções são evidenciadas em MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 2000, p. 427-428.

⁴⁹⁵ A função harmonizadora é evidenciada em SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e. *op. cit.*, p. 42. Segundo o autor, por meio dessa função, a boa-fé concilia “o rigorismo lógico-dedutivo da ciência do direito do século passado com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no *hortus conclusus* do sistema do positivismo jurídico, ‘janelas para o ético’”.

⁴⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 429.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, p. 437-438.

⁴⁹⁸ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 237.

⁴⁹⁹ Ver, por todos, MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 457-471.

de solidariedade contratual, passando o contrato a expressar uma ordem de cooperação em que os deveres se sobrepõem aos direitos; a pessoa **solidária**, ao indivíduo **solitário**⁵⁰⁰.

Quanto à função interpretativa da boa-fé objetiva, temos que ela é importante quando da interpretação, vez que ela traz diversos direitos à informação, bem como deveres concretos de informar⁵⁰¹, colaborando para uma análise objetiva das cláusulas contratuais, auxiliando no processo de interpretação das mesmas⁵⁰², sendo, pois, imperioso reconhecer a relação existente entre a boa-fé enquanto princípio e a hermenêutica integradora⁵⁰³.

Nesse diapasão, importante entender a obrigação como um processo. Visualizando-se a obrigação como processo, pode-se aprender a totalidade concreta da relação obrigacional, percebendo-se, assim, que ela é um vínculo dinâmico, vez que engloba, em constante devir, todas as vicissitudes, problemas e casos que possam ser reconduzidos à obrigação, em verdadeira marcha processual, criada e desenvolvida com vistas a um fim, desenvolvendo-se em fases distintas⁵⁰⁴.

Clóvis do Couto e Silva vê duas fases do processo obrigacional, quais sejam: a do nascimento e desenvolvimento dos deveres e a do adimplemento⁵⁰⁵.

No caso específico da relação médico-paciente, dois são os princípios decorrentes da boa-fé aplicáveis: princípio da confiança e princípio da transparência.⁵⁰⁶

Quanto à confiança, temos que, uma vez que o consumidor é vulnerável, o CDC almeja a proteger suas expectativas com relação aos produtos e/ou serviços oferecidos pelos fornecedores no mercado. Sendo assim, no sistema consumerista, a confiança do consumidor é protegida por leis

⁵⁰⁰ NEGREIROS, Teresa Paiva Abreu Trigo de. *Op. cit.*, p. 252 (destaque do original).

⁵⁰¹ FABIAN, Cristoph. *Op. cit.*, p. 48.

⁵⁰² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 66.

⁵⁰³ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *op. cit.*, p. 35.

⁵⁰⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 394.

⁵⁰⁵ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *op. cit.*, p. 43 Paulo Luiz Neto Lobo alarga essa compreensão, trazendo cinco fases: pré negocial, fase do nascimento da obrigação, fase do desenvolvimento da obrigação, fase do adimplemento (ou de seu equivalente) e fase pós-negocial. Ver LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Direito Civil. Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 62.

⁵⁰⁶ CALADO, Vinicius de Negreiros. *Op. cit.*, p. 109-115.

imperativas que garantem a *prestação contratual*, sua *adequação* ao fim que razoavelmente dela se espera, e na *segurança* do produto ou do serviço colocado no mercado⁵⁰⁷.

Assim, a boa-fé concretiza o princípio da confiança, que recebe especial destaque nas relações médico-paciente, vez que elas

exigem uma tutela da confiança, o que juridicamente, implica aceitar que o consentimento se processe segundo o princípio da consensualidade. Todavia, as exigências de certeza na extensão da informação e na declaração de esclarecimento, tal como da segurança dos agentes médicos na prova do cumprimento dos deveres inerentes, apelam para a certificação documental das declarações de informação e de vontade⁵⁰⁸.

Quanto à transparência, temos que ela aparece no *caput* do art. 4º do CDC, refletindo o respeito à dignidade, saúde e segurança do consumidor, possibilitando uma aproximação e uma relação contratual mais transparente, com informações claras e corretas sobre o produto ou serviço e sobre o contrato. Por meio da transparência, temos um dever de lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual⁵⁰⁹.

Socorremo-nos, aqui, da lição de Lorenzetti, que afirma que

se o contrato é um ato jurídico bilateral, que requer o consentimento, e como tal precisará do elemento volitivo, de intenção, discernimento e liberdade, acreditamos que aquele que não pode discernir não pode dar um consentimento válido. Desse modo, o dever de informação causa um impacto sobre a capacidade de discernimento de uma das partes, melhorando-a para que possa consentir⁵¹⁰.

E continua:

da mesma forma, a informação é um requisito da liberdade, posto que, se a pessoa é livre, não pode exercitá-la amplamente se não conhece as opções que possui. Alcançar adequado cumprimento desse dever só é possível em um mercado transparente. A transparência no mercado de consumo significa que a informação circule adequadamente, de modo tal que influencie na relação, permitindo ao consumidor tomar uma decisão refletida⁵¹¹.

Em outra lição importante, o mesmo autor afirma que

⁵⁰⁷ Ibidem, p. 110.

⁵⁰⁸ RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 19.

⁵⁰⁹ CALADO, Vinicius de Negreiros. *Op. cit.*, p. 112.

⁵¹⁰ LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Trad. Bruno Miragem. 2 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 316.

⁵¹¹ Ibidem, p. 316-317.

foi no âmbito da atividade médica onde se observou, de maneira mais evidente, a distância entre o profissional e o profano, bem como as consequências jurídicas daí advindas:

- a obrigação de informar, resultante da condição de profissional de bens e serviços;

- a inversão da carga probatória, como consequência dessa prévia apropriação de conhecimento.

A necessidade de consentimento informado do paciente se converte assim em um limite bilateral à 'medicalização' da relação⁵¹².

3.3.1.2 Da natureza da responsabilidade médica e do ônus da prova

Para se analisar adequadamente a responsabilidade civil médica, há que se estudar não apenas a responsabilidade civil do médico, como, também, a das instituições hospitalares, dentre outros estabelecimentos que prestam serviços de saúde (por exemplo, clínicas), além dos estabelecimentos públicos que prestam serviço público de saúde⁵¹³.

Há controvérsia na doutrina a respeito da natureza da responsabilidade civil médica; se esta decorre de uma relação contratual ou extracontratual entre médico e paciente.

Na responsabilidade contratual, o dever jurídico violado pelo devedor tem como origem a própria vontade das partes, que estabelecem, previamente, uma relação jurídica fundada na autonomia da vontade e regida pelas regras comuns dos contratos. A responsabilidade extracontratual, por sua vez, importa violação de um dever estabelecido por lei, ou pela ordem jurídica, como o dever de não causar dano a outrem, por exemplo. Na responsabilidade extracontratual inexistente qualquer liame jurídico prévio entre o agente causador do dano e a vítima. A responsabilidade contratual decorre de um contrato ajustado livremente e de boa-fé, entre paciente e médico, conforme previsão dos arts. 389 a 400 do CC/2002, que determina questões como o adimplemento e a mora decorrentes das declarações de vontade.

Diz-se que a responsabilidade civil por ato médico tem natureza contratual, o qual pode decorrer do adimplemento, do inadimplemento ou do mau

⁵¹² LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do direito privado...*, p. 132.

⁵¹³ BORGES, Gustavo; MOTTIN, Roberta Weirich. *Op. cit.*

adimplemento de um contrato que institui a relação jurídica consumerista entre médico e paciente⁵¹⁴.

Gustavo Borges ensina que a relação entre médico e paciente será entendida como contratual sempre que resultar de um negócio jurídico prévio, mesmo que sem instrumento contratual escrito, e extracontratual quando não houver prévio consentimento do paciente, a exemplo do atendimento médico em nosocômio público, ou, ainda, do atendimento de urgência ou emergência⁵¹⁵.

Sempre que a culpa tenha sido cometida sob os cuidados prestados por um profissional a cujos serviços a vítima tenha recorrido, existe responsabilidade contratual, uma vez que o profissional cumpriu mal com a obrigação a que se submeteu pelo contrato celebrado com a vítima. Apenas nos casos em que a culpa cometida pelo profissional causa um prejuízo a um terceiro – por exemplo, no caso da *wrongful life* –, pode-se falar em responsabilidade aquiliana⁵¹⁶.

Numa relação jurídica contratual de prestação de serviços, o profissional pode ser submetido a obrigações de meio (obrigação de empregar todos os meios possíveis para alcançar um objetivo) ou de resultado (obrigação de efetivamente alcançar tal objetivo)⁵¹⁷.

No Código Civil de 2002, a responsabilidade civil subjetiva está consagrada no art. 186 e no *caput* do art. 927 que diz: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a

⁵¹⁴ Ver SOTTO, Débora. O dever de informar do médico e o consentimento informado do paciente. Medidas preventivas a responsabilização pela falta ou deficiência de informação. **J Vasc Br**, vol. 2, n. 3. 2003.

⁵¹⁵ BORGES, Gustavo; MOTTIN, Roberta Weirich. Responsabilidade civil por ausência de consentimento informado no atendimento médico: panorama jurisprudencial do STJ. **Revista de Direito Privado**, vol. 64/2015, p. 119 - 143. Acessado pela plataforma RT Online.

⁵¹⁶ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual**, v. 2. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Europa-América, 1961, p. 165-166.

⁵¹⁷ CORDEIRO, Fernando et al. Responsabilidade civil do médico e a inversão do pensamento jurídico sobre o tipo da atividade. **Revista brasileira de colo-proctologia**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 58-63, Mar. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-98802011000100008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 29 jun. 2017, p. 60.

outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”; “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”⁵¹⁸.

Por outro lado, o parágrafo único do art. 927 trata da responsabilidade civil objetiva. Preconiza tal instrumento legal que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”⁵¹⁹.

A pergunta que se faz é: a Responsabilidade Civil do profissional da saúde é objetiva ou subjetiva?

O Código de Hammurabi (1790-1770 A.C) foi o primeiro documento histórico a tratar da questão do erro médico. Tal diploma trazia o erro médico analisado de forma objetiva, pois não havia o conceito jurídico de culpa⁵²⁰.

O *caput* do art. 14 do CDC traz a regra da responsabilidade civil objetiva para o fornecedor de serviços. No entanto, no caso do prestador de serviços médicos (ou seja, um profissional liberal), aplica-se a exceção constante do §4º do mesmo diploma legal, o qual determina que a responsabilidade de profissionais liberais será apurada por intermédio da verificação da culpa, o que trouxe uma espécie de privilégio à pessoa do profissional liberal, tendo em vista a natureza *intuitu personae* do serviço prestado⁵²¹.

Vale ter em mente, contudo, que “no caso do médico trabalhar em hospital, responderá com base na culpa, sendo a instituição responsável de forma objetiva, mesmo na ausência de vínculo empregatício”⁵²².

Contudo, o cotidiano cria modificações sociais e, com elas, o Direito sofre algumas alterações, pois os operadores do direito, humanos que são, também vivem na comunidade, sofrendo, assim, interferências do dia-a-dia e de suas próprias visões sobre o mundo ao redor.

⁵¹⁸ Idem.

⁵¹⁹ Idem.

⁵²⁰ BORGES, Gustavo; MOTTIN, Roberta Weirich. Responsabilidade civil por ausência de consentimento informado no atendimento médico: panorama jurisprudencial do STJ. **Revista de Direito Privado**. vol. 64/2015, p. 119 - 143. Acessado pela plataforma RT Online.

⁵²¹ Ibidem.

⁵²² BORGES, Gustavo; MOTTIN, Roberta Weirich. *op. cit.*

Dessa maneira, em que pese a letra da lei e a doutrina jurídica, a jurisprudência tem trazido à nossa práxis uma modificação no conceito de responsabilidade civil⁵²³.

Na grande maioria, a responsabilidade pela transformação desses conceitos é do próprio médico, ao fazer uso de recursos da pós-modernidade para induzir a população de que existe esta relação contratual⁵²⁴.

É o caso, por exemplo, da apresentação de um modelo fotográfico ou ainda de resultados excelentes, como os conhecidos “antes e depois”, fotos exibidas como consequência de um trabalho executado, levando à criação de laços da relação e, portanto, a assertiva do resultado⁵²⁵.

Note-se que a responsabilidade civil do médico, apesar de existir ampla legislação regulamentadora no que diz respeito à proteção da saúde como direito fundamental, trata-se de responsabilidade contratual⁵²⁶.

Quando se fala em contratos, clássica é distinção entre contratos de meio e resultado. Tal classificação se deve ao objeto do contrato, se é o fim ou o meio.

Nos contratos de resultado, o objetivo é o fim, pois o que interessa ao contratante é um fim definido que obrigatoriamente deve ocorrer, um ponto específico ao qual deve-se chegar. Já nos contratos de meio, o contratante espera que o contratado se utilize de todos os meios possíveis para chegar a um resultado, mas não pode cobrar que esse resultado seja atingido.

Salvo as exceções existentes nos atendimentos de emergência, existe nas relações médico/paciente um contrato de prestação de serviços, onde, ordinariamente, o profissional da saúde se compromete a utilizar de sua capacidade técnica e dos meios disponíveis através das ciências humanas em busca da cura, ou manutenção da saúde do paciente, trata-se portanto de um contrato de atividade meio.

⁵²³ Ibidem, p. 61.

⁵²⁴ Idem.

⁵²⁵ Ibidem, p. 62.

⁵²⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 76.

Socorremo-nos da doutrina de Humberto Theodoro Júnior para explicar, em síntese, a essência do contrato de prestação de serviços médicos:

É claro que paciente e facultativo têm um objetivo em comum: a busca da cura do enfermo. Mas a ciência médica e a própria natureza não permitem garantir que essa meta seja assegurada. Ambos se empenharão na tarefa de perseguir esse objetivo, porém sem a certeza de poderem alcançá-lo. A prestação contratual do médico, então, cinge-se a pôr seus conhecimentos técnicos à disposição do paciente, desempenhando-os com zelo e adequação. Se cumpre tal prestação, o contrato terá sido cumprido, malgrado o insucesso do tratamento, no tocante à meta de curar ou salvar o doente⁵²⁷.

Conforme o magistério de Sanseverino, na responsabilidade contratual, o profissional liberal terá, em regra, o ônus da prova da inoccorrência da culpa, cabendo ao consumidor – aqui, paciente – comprovar tão-somente a existência do contrato, o inadimplemento do fornecedor, o dano e o nexo de causalidade. Em contrapartida, em caso de responsabilidade extracontratual, o ônus da prova da ocorrência da culpa é do autor da demanda consumidor⁵²⁸.

Tendo em vista se tratar de contrato de atividade meio o contrato de prestação de serviços médicos, no caso de insucesso no tratamento ou resultado indesejado do contratante resultando-lhe um dano, com base no disposto no § 4º do artigo 14 do CDC, caso haja o interesse de ver seu dano indenizado, caberá ao paciente comprovar em juízo a culpa do profissional, bem como o nexo causal entre a conduta médica, no caso em desacordo com o desempenho médio esperado desse tipo de profissional, conjugada com as técnicas e meios disponíveis e o resultado final dano, suportado pelo paciente ao fim do tratamento.

Nos casos dos contratos de resultado existe uma inversão do *ônus probandi*, a fim de averiguar-se a culpa do profissional médico na culminação do resultado dano.

O tema da responsabilidade civil do médico ganha especial relevo, quando nos deparamos com o fato de que, nos contratos de resultado assumidos pelo profissional médico, apesar de ainda haver a necessidade de se aferir o elemento culpa, posto que a responsabilidade dos profissionais liberais trata-se

⁵²⁷ Ibidem, p. 77.

⁵²⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 199.

de *responsabilidade subjetiva*, por força do § 4º do art. 14 do CDC, existe uma inversão do ônus da prova, onde cabe ao profissional comprovar que fatores outros contribuíram para a não obtenção do resultado desejado que não aqueles controláveis por sua capacidade técnica.

Apesar de não se tratar de responsabilidade objetiva, aplica-se aos contratos de resultado, no âmbito do direito do consumidor, a chamada culpa *in re ipsa*, a qual “deriva inexoravelmente das circunstâncias em que ocorreu o fato danoso”⁵²⁹, existindo a ocorrência do dano *ipso facto* resta demonstrada a culpa do contratado, ao qual cabe a obrigação de demonstrar a ocorrência dos excludentes de responsabilidade, tal qual o caso fortuito, força maior, culpa exclusiva do paciente, etc., para se escusar do dever de indenizar.

Especialmente nos contratos médicos de resultado, o dever de informação do médico sobre as possíveis intercorrências, a extensão dos riscos de resultados indesejados, o nível de evolução técnica e a distância entre o resultado *idealmente desejado* e aquele *possivelmente alcançável* são de fundamental importância para a tomada de decisão do paciente em se submeter ao procedimento ofertado pelo profissional, sendo peça chave a seu fiel cumprimento e comprovação em um processo de reparação civil por danos sofridos em razão de um resultado indesejado em intervenções desse tipo.

Trazendo a discussão para o âmbito das *wrong actions*, o que ocorre é uma falha de diagnóstico e, havendo erro de diagnóstico, caracterizada está a culpa médica⁵³⁰.

É dizer, todo erro de diagnóstico, a partir do momento em que não seria cometido por um médico prudente em iguais condições que o médico demandado, enseja a sua responsabilização⁵³¹.

Em contrapartida, deve-se averiguar se o médico em questão é ou não especialista na área: a responsabilidade é mais grave em se tratando de um especialista em sua área de especialidade, ao passo que o médico não pode ser

⁵²⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. – 9. ed. – São Paulo: Atlas, 2010, p. 40.

⁵³⁰ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André. *Op. cit.*, p. 167.

⁵³¹ *Ibidem*, p. 172.

responsável por não haver descoberto uma enfermidade fora da área em que podia laborar sem negligências. Os médicos devem utilizar apenas os meios que possuem para verificar a exatidão de seu diagnóstico⁵³². No caso das *wrong actions*, como o médico se trata de um obstetra, espera-se que ele tenha a expertise necessária para averiguar a existência de defeitos congênitos graves no bebê.

Ora, é função da medicina prevenir e atenuar os males da humanidade, razão pela qual deve ser exercida cautelosamente, com competência, amor e respeito à vida e aos direitos do paciente⁵³³.

Por isso, o profissional da saúde sempre deve atuar no ânimo de curar. Erros, porém, acontecem.

Um acórdão francês de 21 de julho de 1862⁵³⁴ estabelece o princípio de que os médicos estão submetidos ao direito comum, vez que toda pessoa, qualquer que seja sua situação ou sua profissão, está submetida à regra da responsabilidade por imprudência ou negligência, sendo que não existe nenhuma exceção legal a favor dos médicos. Assim, corresponde é prudente da parte do magistrado que não se insira temerariamente no exame das teorias e métodos médicos, discutindo sobre questões de ciências médicas. Contudo, há regras gerais de bom sentido e de prudências às quais o exercício de toda profissão se ajustam e, dentro dessa relação, os médicos seguem submetidos ao direito comum.

Por isso, a Corte de Cassação aconselha aos juízes de direito que não tomem partido em controvérsias médicas, devendo apenas afirmar se há culpa no caso concreto e, para se informarem sobre aspectos envolvendo a ciência médica, devem recorrer ao exame pericial, confiado a pessoas que, ao contrário do magistrado, são competentes para tanto: os peritos. De toda forma,

⁵³² Ibidem, p. 173.

⁵³³ CROCE, Delton; CROCE JUNIOR, Delton. **Erro Médico e o Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 4.

⁵³⁴ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André. *Op. cit.*, p. 168. Na realidade, não se pode precisar se a decisão é de 1862 ou de 1864, vez que os autores que a citam ora falam 1862, ora falam 1864.

a decisão não menciona peritos, vez que, àquele tempo, era rara sua nomeação⁵³⁵.

É imprescindível que tenha sido possível ao médico agir com mais diligência e que a ignorância sobre algum aspecto seja inadmissível em sua profissão⁵³⁶. Por isso é que os irmãos Mazeaud afirmam que, em se tratando de responsabilidade civil em seara médica, a única indagação a se fazer é: um médico prudente, colocado em iguais condições externas, haveria trabalhado como o autor do dano?⁵³⁷

Aqui, a prova pericial ganha suma importância apesar de que reconhece-se que os peritos médicos tendem a absolver seus colegas e, a partir desse ponto de vista, diz-se que será necessária uma culpa profissional grave para que se exija a responsabilidade de um médico a partir da perícia médica⁵³⁸.

Contudo, deve-se lembrar que a perícia não vincula a decisão judicial, podendo o magistrado decidir contrariamente a ela se o conjunto probatório lhe der razão para isso⁵³⁹.

De toda forma, Barros Júnior⁵⁴⁰ defende que a prova pericial deveria vincular a decisão do juiz no que diz respeito à existência do dano, posto que se trata de matéria científica, que deveria ser decidida com base na prova técnica. Além disso, o autor traz que, se divergirem os laudos da perícia e dos assistentes técnicos, o juiz poderia convocar juntas médicas ou, ainda, um perito desempatador.

Importante ter em mente que a prova testemunhal de leigos em questões médicas não tem eficácia probatória muito alta, tendo em vista a ignorância técnica e a impressionabilidade da maior parte das pessoas na matéria⁵⁴¹.

⁵³⁵ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André. *Op. cit.*, p. 168-169.

⁵³⁶ CROCE; CROCE JÚNIOR. *Op. cit.*, p. 11.

⁵³⁷ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André. *Op. cit.*, p. 171.

⁵³⁸ *Ibidem*, p. 170.

⁵³⁹ KFOURI NETO. *Op. cit.*, p. 85.

⁵⁴⁰ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **A responsabilidade civil do médico: uma abordagem constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 144-147.

⁵⁴¹ CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Método, 2005, p. 184.

Além disso, para colaborar com a produção da prova pericial, as partes devem, sempre que possível, indicar assistentes técnicos para acompanhar o perito.

Ademais, note-se que, em se tratando de direito médico, é pouco provável se encontrar uma prova cabal e irrefutável, razão pela qual os juízes devem evitar rigor excessivo na exigência da prova da culpa e do nexo de causalidade. Se insistir nisso, pode acontecer de, injustamente, o Judiciário negar o direito da vítima, mesmo porque

o reconhecimento do nexo de causalidade não é tarefa fácil. Na medicina, dois pacientes acometidos pela mesma doença podem ser tratados de forma idêntica e virem a apresentar reações distintas à terapia, podendo em um caso haver a cura e, em outro, o agravamento da doença - ou até mesmo a morte. Portanto, não basta alegar lesões físicas sofridas durante o procedimento e próprias desta atuação: é necessário que se identifique atuação culposa do profissional e sua vinculação ou correlação de causa e efeito entre tais lesões e a suposta atuação culposa⁵⁴².

Além de tudo isso, há que se lembrar que a responsabilidade civil não é a única modalidade de responsabilidade médica, existindo também a possibilidade de responsabilidade penal, administrativa (em caso de médico servidor público) e ética, no âmbito do NCEM.

De fato, o CP traz alguns crimes que podem ser cometidos por médicos, como homicídio culposo (art. 121, §3º), lesão corporal (art. 129), omissão de socorro (art. 135), violação de segredo profissional (art. 154), omissão de notificação de doença (art. 269), charlatanismo (art. 283), falsidade de atestado médico (art. 302), falsa perícia ou falso testemunho (art. 342). Além disso, há outros ilícitos criminais fora do CP, como, por exemplo, a Lei nº 9434/97, que criminaliza o ato de “remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei” (art. 14), “realizar transplante ou enxerto utilizando tecidos, órgãos ou partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei” (art. 16), ou “deixar de recompor cadáver, devolvendo-lhe

⁵⁴² BORGES, Gustavo; MOTTIN, Roberta Weirich. Responsabilidade civil por ausência de consentimento informado no atendimento médico: panorama jurisprudencial do STJ. **Revista de Direito Privado**. vol. 64/2015, p. 119 - 143. Acessado pela plataforma RT Online.

aspecto condigno, para sepultamento ou deixar de entregar ou retardar sua entrega aos familiares ou interessados” (art. 19).

De toda forma, em se tratando de *wrong actions*, não vislumbramos a possibilidade de responsabilização criminal do médico.

No âmbito da responsabilidade administrativa, quando o médico for servidor público, o leque de possibilidades é ainda maior, vez que a responsabilidade civil do Estado é objetiva, sendo, contudo, garantido ao Estado o direito de regresso contra o servidor que agiu com culpa.

Nesse âmbito, exemplificativamente, temos a Lei 8112/90, Estatuto dos Servidores Públicos Federais, que, dentre outras disposições, prevê deveres (art. 116), proibições (art. 117) e responsabilidades (art. 121 a 126) para o servidor público federal. As penas estão dispostas nos arts. 127 a 142.

De toda forma, considerando que nem todo médico é servidor público, a responsabilidade mais interessante para o presente estudo (sem contar a responsabilidade civil) talvez seja a responsabilidade ética.

Por isso, gastaremos algumas breves linhas para tratar da matéria.

O NCEM é o código de ética profissional mais rigoroso do Brasil⁵⁴³.

Ele traz alguns direitos para o médico:

não ser discriminado, indicar o procedimento adequado ao seu paciente, apontar as falhas nas normas e práticas institucionais que considere prejudiciais aos seus trabalhos e/ou ao paciente, se recusar a trabalhar em locais sem condições dignas de trabalho, suspender seus trabalhos quando faltarem essas condições dignas, internar seus pacientes em hospitais públicos e privados, requerer desagravo público ao conselho regional, privativamente decidir o tempo a ser despendido em cada procedimento, recusar-se a realizar atos contrários à sua consciência e estabelecer privativamente seus honorários de forma justa e digna⁵⁴⁴.

De fato, no NCEM,

prevalece o caráter penal objetivo. São 15 capítulos, sendo o primeiro o preâmbulo, seguido pelos 14 capítulos propriamente ditos. Dos seus postulados éticos – retirando-se os seis tópicos preambulares, os 25

⁵⁴³ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito médico: abordagem constitucional da responsabilidade médica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 50.

⁵⁴⁴ Idem.

princípios fundamentais, as dez normas diceológicas e as quatro disposições gerais, temos simplesmente 118 normas de deontologia onde tudo é vedação⁵⁴⁵.

De toda forma, as punições éticas estão previstas na Lei 3.268/1957, não no NCEM. O art. 22 de referida lei prevê cinco penas disciplinares, a saber: a) advertência confidencial em aviso reservado; b) censura confidencial em aviso reservado; c) censura pública em publicação oficial; d) suspensão do exercício profissional até 30 dias; e) cassação do exercício profissional, a ser confirmada pelo Conselho Federal.

O processo ético-profissional no âmbito dos conselhos de medicina segue a Resolução 1.617/2001, do CFM⁵⁴⁶.

O *caput* do art. 2º de referida resolução traz que “A competência para apreciar e julgar infrações éticas será atribuída ao Conselho Regional de Medicina onde o médico estiver inscrito, ao tempo do fato punível ou de sua ocorrência”, sendo que, caso a infração tenha ocorrido em local onde o médico não possua inscrição, a apuração dos fatos será realizada onde ocorreu o fato, conforme §1º do mesmo artigo.

O §2º fala do processo ético contra conselheiros, que será julgada pelo CFM para desaforamento do julgamento.

A sindicância poderá, nos termos do art. 6º, ser instaurada de ofício, por denúncia, ou pela Comissão de Ética Médica, Delegacia Regional ou Representação que tiver ciência do fato com supostos indícios de infração ética. Uma vez instaurada a sindicância, será nomeado relator para, no prazo de até 30 (trinta) dias, prorrogável a critério do Presidente ou Corregedor, apresentar relatório contendo a descrição dos fatos, circunstâncias em que ocorreram, identificação das partes e conclusão sobre a existência ou inexistência de indícios de infração ética, conforme art. 7º da resolução.

⁵⁴⁵ Idem.

⁵⁴⁶ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução n. 1.617/2001**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1617_2001.htm (acesso em 20/01/2019).

Da sindicância, conforme art. 8º, poderá resultar o arquivamento fundamentado da denúncia, ou baixa em diligência, a homologação de acordo conciliatório, ou, ainda, a instauração do Processo Ético-Profissional.

Nos termos do art. 11, decidida a instauração de Processo Ético-Profissional, o Presidente do Conselho ou o Conselheiro Corregedor terá o prazo de 5 (cinco) dias para nomear o Conselheiro Instrutor, o qual terá 60 (sessenta) dias para instruir o processo, prorrogáveis tantas vezes quantas forem necessárias. Ressalta-se que, conforme §2º de referido artigo, após a instauração de Processo Ético-Profissional, o mesmo não poderá ser arquivado por desistência das partes.

O art. 12 preconiza que o Conselheiro Instrutor promoverá, ao denunciado, citação para apresentar defesa prévia no prazo de 30 (trinta) dias, contados a partir da data de juntada do aviso de recebimento, assegurando-lhe vistas dos autos do processo na secretaria do Conselho ou fornecendo-lhe cópia da íntegra dos autos.

Conforme arts. 14 e 15, o denunciante será qualificado e interrogado sobre as circunstâncias da infração e as provas que possa indicar, tomando-se por termo suas declarações, sendo que os advogados das partes ou o defensor dativo não poderão intervir ou influir de qualquer modo nas perguntas e nas respostas, sendo-lhes facultado apresentar perguntas por intermédio do Conselheiro Instrutor.

O art. 20 traz que cada parte poderá nomear até cinco testemunhas, sendo que, nos termos do art. 22, o Conselheiro Instrutor, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das arroladas pelas partes, sempre fundamentando sua decisão.

O art. 25 traz o instituto da acareação, que será admitida entre denunciantes, denunciados e testemunhas, sempre que suas declarações divergirem sobre fatos ou circunstâncias relevantes.

Conforme art. 28, concluída a instrução, será aberto o prazo de 15 (quinze) dias para apresentação das razões finais, primeiramente ao(s)

denunciante(s) e, em seguida, ao(s) denunciado(s), com prazo comum entre mais de um denunciante e entre mais de um denunciado.

O art. 29, por sua vez, preconiza que, após a apresentação das alegações finais e análise do parecer processual da Assessoria Jurídica, o Conselheiro Instrutor proferirá relatório circunstanciado que será encaminhado ao Presidente ou ao Corregedor do Conselho Regional de Medicina.

A partir daí, passa-se à fase de julgamento. Conforme art. 30, o Presidente do Conselho ou o Conselheiro Corregedor, após o recebimento do processo, devidamente instruído, terá o prazo de 10 (dez) dias para designar o Conselheiro Relator (que pode ser o Conselheiro Instrutor, conforme §2º) e o Revisor, os quais ficarão responsáveis pela elaboração de relatórios a serem entregues em 60 (sessenta) e 30 (trinta) dias, respectivamente, podendo ser prorrogados, quantas vezes for necessário, por motivo justificado e a critério do Presidente ou Corregedor do Conselho.

As partes serão intimadas da data de julgamento com a antecedência mínima de 10 (dez) dias (art. 32) e, na abertura da sessão de julgamento, as partes e seus representantes, após as exposições efetuadas pelo Relator e Revisor, vedada qualquer manifestação de voto, o Presidente da Sessão dará a palavra, sucessivamente, ao(s) denunciante(s) e ao(s) denunciado(s), pelo tempo improrrogável de 10 (dez) minutos, para sustentação oral (art. 33, *caput*).

Feita a sustentação oral, os Conselheiros poderão solicitar esclarecimentos sobre o processo ao Relator, Revisor e, por intermédio do Presidente da Sessão de julgamento, às partes (parágrafo único do art. 33) Após os esclarecimentos, discussão e decisão das preliminares e discussão dos fatos, vedada qualquer manifestação de voto conclusivo pelos Conselheiros, será concedido o tempo final de 5 (cinco) minutos sucessivamente, ao(s) denunciante(s) e denunciado(s), para novas manifestações orais (art. 34).

Conforme art. 39, o julgamento ocorrerá a portas fechadas, sendo permitida apenas a presença das partes e seus procuradores, Assessoria Jurídica dos Conselhos de Medicina, Corregedores e funcionários responsáveis

pelo procedimento disciplinar nos Conselhos de Medicina necessários para o bom funcionamento do Tribunal de Ética Médica, até o encerramento da sessão.

Quanto aos impedimentos, é importante destacar que são impedidos os conselheiros que tenham interesse direto ou indireto na matéria; tenham participado como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau; ou esteja litigando, judicial ou administrativamente, com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro(a), conforme art. 41.

Quanto às nulidades, só ocorrem por suspeição de julgador ou por incumprimento de formalidade exigida pela resolução, conforme art. 44.

Da decisão no processo, conforme art. 50, caberá recurso, no prazo de 30 (trinta) dias: I - às Câmaras de Sindicância do Conselho Federal de Medicina, das decisões de arquivamento proferidas pelas Câmaras de Sindicância dos Conselhos Regionais; II - ao Pleno do Conselho Regional, das decisões proferidas nos Processos Ético-Profissionais, por maioria, pelas Câmaras, onde houver; III - às Câmaras do Conselho Federal de Medicina, das decisões proferidas nos Processos Ético-Profissionais, por unanimidade, pelas Câmaras dos Conselhos Regionais ou das decisões proferidas nos Processos Ético-Profissionais, por maioria ou unanimidade, pelo Pleno dos Conselhos Regionais; IV - ao Pleno do Conselho Federal de Medicina, das decisões proferidas nos Processos Ético-Profissionais, por maioria, pelas Câmaras do CFM ou das decisões de cassação do exercício profissional proferidas pelos Conselhos Regionais.

O parágrafo único do mesmo artigo traz que o recurso será recebido no efeito suspensivo, não cabendo *reformatio in pejus* no recurso interposto pelo denunciado.

No que diz respeito às execuções das decisões após o trânsito em julgado do processo, o art. 58 traz que serão processadas na forma estabelecida pelas respectivas decisões, sendo as penalidades anotadas no prontuário do médico infrator.

Após cinco anos, do cumprimento da pena e sem que tenha sofrido qualquer outra penalidade ético-disciplinar, poderá o médico requerer sua reabilitação ao Conselho Regional de Medicina onde está inscrito, com a retirada de seu prontuário dos apontamentos referentes a condenações anteriores, conforme art. 59, *caput*, da resolução.

Os parágrafos desse artigo trazem importantes exceções, a saber: o médico punido com a cassação do exercício profissional não poderá ser habilitado e, caso a infração ética também se constitua como crime e gere condenação criminal, a reabilitação ética dependerá da reabilitação criminal.

É o que cumpria falar sobre responsabilidade ética. De toda forma, o principal efeito jurídico do ato médico na (não) interrupção da gravidez gerando uma vida inviável é mesmo a responsabilidade civil.

3.3.1.3 Fato do serviço médico e violação positiva do contrato

Importante ressaltar que não é qualquer lesão causada por ato médico que será indenizável. A lesão deve derivar de conduta antijurídica.

Existem diversas modalidades de erro. O erro será considerado grosseiro quando a conduta profissional ferir conhecimentos básicos da matéria médica⁵⁴⁷. São situações em que se poderia, inclusive, dispensar a perícia, pois a conduta seria tão descabida que se poderia presumir que houve pelo menos negligência, imprudência ou imperícia.

Outra modalidade de erro médico é o chamado erro escusável, que não é originado da falta de observância das regras e princípios da medicina, mas da própria imperfeição da ciência e da precariedade dos conhecimentos humanos⁵⁴⁸. Pode ser, também, aquele erro invencível pelo conhecimento médio esperado de um médico, pois não é razoável esperar que ele seja um expert em todas as áreas da medicina.

Também seria escusável a maioria dos erros de diagnóstico, pois, dada a natureza conjectural da diagnose e a complexidade do organismo

⁵⁴⁷ MELO, Nehemias Domingos de. *Op. cit.*, p. 83.

⁵⁴⁸ CROCE, Delton; CROCE JUNIOR, Delton. *Op. cit.*, p. 32.

humano, raramente se pode ter uma certeza diagnóstica. Além disso, inúmeras são as doenças que ainda não foram catalogadas e, mesmo dentre as catalogadas, ainda não se sabe as causas e respectivas curas de todas⁵⁴⁹. Ademais, pode ser que o histórico clínico seja demasiadamente precário e que informações dadas pelo paciente sejam, muitas vezes, falsas ou distorcidas.

Importante considerar que, se, apesar de errar o diagnóstico, o médico acertar no tratamento, o erro não será considerado, pois dele não adveio dano, que é um importante elemento da responsabilidade civil⁵⁵⁰.

De toda forma, não obstante a maioria dos erros de diagnóstico se encaixar na definição de erro escusável, o médico deverá ser responsabilizado se revelar conduta culposa no modo pelo qual realizou o diagnóstico equivocado.

Pode-se dizer que a falha de diagnóstico deriva da quebra de um dever por negligência médica. E a quebra de dever, o nexo de causalidade e o dano são elementos que devem estar presentes em qualquer ação de negligência. Esses requisitos podem ser colocados através de questões, que devem ser respondidas afirmativamente para que se caracterize a negligência e que o autor vença a ação: a lei reconhece a responsabilidade nesse tipo de situação (dever)? O réu foi descuidado em conformar sua ação com o padrão de cuidado imposto pela lei (quebra do dever)? O autor da ação sofreu dano pelo qual a lei responsabiliza o réu seja total ou parcialmente (dano e nexo de causalidade)?⁵⁵¹

Nesse ponto, cumpre remeter o leitor ao item 2.3 *supra*, onde tratamos da questão do dever. De toda forma, caracterizando-se a relação médico-paciente como relação consumerista, vale gastar mais algumas linhas para falar dos deveres fundamentais na tutela do consumidor e alguns de seus desdobramentos.

Na órbita da responsabilidade, forçoso reconhecer que o CDC contempla sistema alvissareiro e propositivo no que diz respeito à

⁵⁴⁹ MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a lei**. 4. ed. São Paulo: LEJUS, 1998, p. 227.

⁵⁵⁰ CASTRO, João Monteiro de. *Op. cit.*, p. 140.

⁵⁵¹ MARKESINIS, Basil; DEAKIN, Simon; JOHNSTON, Angus. **Markesinis and Deakin's Tort Law**. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 99.

responsabilidade civil, sendo que há até mesmo um capítulo especial quanto ao dever de segurança, nos arts. 8º *usque* 10º, tratando, outrossim, do dever de proteção, em seu art. 6º, VI, e de precaução, no art. 39, VIII.

A partir daí, é criado um sistema de indenizabilidade e, mais que isso, de evitabilidade do dano, por intermédio do dever de segurança enquanto nexó de imputação primordial quando se fala na proteção do consumidor no mercado⁵⁵².

A questão do dever está essencialmente ligada à pergunta sobre a lei reconhecer ou não, a princípio, a possibilidade de dano em uma determinada situação. Para expor de maneira diferente, ela ajuda a demarcar a quantidade de pessoas, relações e interesses que recebem a proteção da lei contra os efeitos do dano causado por negligência. Assim, mesmo onde a falta de cuidado do réu tenha comprovadamente causado dano ao autor da ação, a lei, ainda assim, pode não reconhecer a existência de uma situação de dever, recusando, assim, a responsabilização do autor do dano⁵⁵³.

Em matéria de ordem pública, a deverosidade é nitidamente aproveitada pelo CDC em todas as etapas de sua hermenêutica, interpretação e aplicação⁵⁵⁴.

O art. 1º do CDC trata a proteção do consumidor como norma de ordem pública, enquanto conjunto de normas que estabelecem uma hierarquia entre valores fundamentais (pessoa) e não fundamentais (lucro), a fim de conferir, ao longo do *códex*, a devida proteção ao vulnerável, imprimir nas atividades negociais procedimentos que confirmem legitimação ao crédito e ao débito, a assunção dos riscos de crédito pela parte não hipossuficiente e a necessária intervenção estatal no mercado⁵⁵⁵.

No que tange ao bem comum, aparece o respeito aos direitos do consumidor como capaz de impor legitimidade ao lucro e, além disso, garantia

⁵⁵² MARQUES, Cláudia Lima. Da qualidade dos produtos e serviços, da prevenção e reparação de danos. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 359.

⁵⁵³ *Ibidem*, p. 102.

⁵⁵⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Os deveres fundamentais...*, p. 262.

⁵⁵⁵ *Ibidem*, p. 262-263.

da harmonização dos interesses dos sujeitos da relação jurídica consumerista, estabelecendo uma sustentabilidade entre a proteção do consumidor com o desenvolvimento econômico e tecnológico, viabilizando princípios constitucionais da ordem econômica (CF/88, art. 170), de maneira a prestigiar a boa-fé e o equilíbrio nas relações jurídicas de consumo⁵⁵⁶.

O fornecedor, nesse ínterim, possui vasta lista de deveres, a exemplo de

i) dever de controle prévio da qualidade dos produtos e serviços; ii) dever de respeito aos direitos básicos do consumidor; iii) dever de abster-se da inserção no mercado de produto ou serviço que sabe (ou deveria saber) que apresente alto grau de nocividade ou periculosidade indevidas; iv) dever de informação quanto aos prontos perigosos ou nocivos; v) dever de manutenção da confiança gerada; vi) dever de estocagem de peças e acessórios de produtos importados; vii) dever de inscrição seus dados agregados ao produto ou serviço; viii) dever de abster-se do exercício de práticas abusivas; ix) dever de realizar orçamento prévio nas prestações de serviços; x) dever de respeitar os índices oficiais de preço do produto ou serviço, quando assim determinado por lei; xi) dever de explicar o contrato ao consumidor; xii) dever de garantir produto ou serviço; xiii) dever de correção da publicidade⁵⁵⁷.

Ao consumidor, restam deveres residuais, como adimplemento, restituição do produto impago, dentre outros⁵⁵⁸.

Essa noção de dever, às vezes, é usada em um sentido separado e mais específico, no sentido de que, para existir um dever de cuidado num caso específico, esse dever deve ter sido previsível para o autor da ação. Markesinis se socorre do caso *Bourhill v. Young*, julgado pela Câmara dos Lordes no Reino Unido, em que o Lord Wright afirmou que a previsibilidade é sempre com relação ao indivíduo afetado, o que levanta uma dificuldade adicional séria nos casos em que há que se determinar não apenas se o ato em si é negligente com relação a alguém, mas se é negligente com relação ao réu. Nesse caso, a Câmara dos Lordes entendeu que um motorista que foi morto em uma colisão causada por sua própria falta de cuidado não tinha qualquer dever de cuidado com relação a um pedestre nas redondezas do acidente que sofreu um choque nervoso e um

⁵⁵⁶ Ibidem, p. 263.

⁵⁵⁷ Ibidem, p. 264.

⁵⁵⁸ Idem.

aborto espontâneo como resultado de ouvir o barulho da batida e testemunhar o acidente⁵⁵⁹.

De toda forma, a previsibilidade, por si só, é totalmente inadequada como teste para estabelecer um dever de cuidado. No caso *Smith v. Littlewoods Organisation Ltd.*, Lord Goff afirma ser muito tentador tentar resolver todos os problemas de negligência com fulcro em um critério totalmente abrangente de previsibilidade, reduzindo, assim, todas as decisões nessa seara a questões de fato, mas essa confortável opção, não é válida⁵⁶⁰.

É dizer, a previsibilidade é apenas uma parte do conceito de quebra do dever. Uma quebra de dever aparece quando a conduta do réu for desarrazoada no sentido de falhar ao procurar o padrão apropriado de cuidado. Esse padrão é o de comportamento cauteloso normal na profissão, ocupação ou atividade em questão. Assim, os tribunais tendem a equilibrar o grau de previsibilidade ou risco de dano com os custos para o réu evitar o dano⁵⁶¹.

Em se tratando de *wrongful life* ou mesmo de *wrongful birth*, pode-se dizer que a lei reconhece a responsabilidade (subjéctiva dos médicos), sendo que o médico parece ter quebrado o seu dever de cuidado ao não informar o diagnóstico do feto. A existência do dano se comprova por todo o exposto no Capítulo 2 *supra* e o nexo de causalidade entre a conduta negligente do réu e o dano causado restam evidenciados pelo fato de que, não fosse a negligência do esculápio em informar sobre a deficiência congênita – trazendo a questão para o ordenamento jurídico brasileiro, caracterizada pela anencefalia –, o aborto teria sido realizado e o sofrimento da vida inviável, evitado.

Quando se estuda o erro médico, há que se enquadrá-lo no fato do serviço médico.

Conforme lição de Bruno Miragem,

a responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço consiste no efeito de imputação ao fornecedor, de sua responsabilização em razão dos danos causados em razão de defeito na concepção, produção, comercialização ou fornecimento de produto ou serviço, determinando

⁵⁵⁹ MARKESINIS, Basil; DEAKIN, Simon; JOHNSTON, Angus. *Op. cit.*, p. 104.

⁵⁶⁰ *Idem*.

⁵⁶¹ *Ibidem*, p. 105.

seu dever de indenizar pela violação do dever geral de segurança inerente a sua atuação no mercado de consumo⁵⁶².

Quanto à responsabilidade civil dos profissionais liberais por fato do serviço, o legislador impõe que ela será subjetiva, ou seja, mediante verificação de culpa, conforme art. 14, §4º, do CDC.

Bruno Miragem explica que

orienta a decisão do legislador a natureza da prestação realizada pelo profissional liberal, que de regra será de caráter personalíssimo (*intuitu personae*), isolada, e que por isso não detém estrutura complexa de fornecimento do serviço, em relação ao qual o interesse básico do consumidor estará vinculado conhecimento técnico especializado deste fornecedor. Daí porque a identificação do profissional liberal pareça se ligar a duas condições básicas: a) primeiro, a espécie de atividade exercida; b) segundo, o modo como é exercida⁵⁶³.

Observe-se que, via de regra, a responsabilidade do profissional liberal se relaciona com a presença de defeitos de execução ou descumprimento do dever de informação. Nos primeiros, o que ocorre é uma falha no processo de execução do serviço e, nos segundos, o defeito está nas informações repassadas à vítima⁵⁶⁴, de forma que, mesmo que tenha atuado com a diligência esperada, o profissional poderá ser responsabilizado por não ter prestado as informações da maneira correta e adequada ao seu cliente⁵⁶⁵.

Outra questão envolve o chamado “dever de qualidade”. Ora, não se contesta que a obrigação médica é obrigação de meio. No entanto, sobretudo em face do reforço dos deveres de colaboração e respeito das partes, decorrentes da boa-fé objetiva e da proteção da confiança, o não comprometimento com o resultado da obrigação não significa que o prestador de serviço pode realizar seu trabalho de qualquer jeito. Mesmo nas obrigações de meio, existe a obrigatoriedade de concretizar alguns deveres, tais como os de informação e segurança⁵⁶⁶. Há que se reconhecer, outrossim, “o dever amplo e genérico de cuidado com o paciente, o qual se deve traduzir por uma série de comportamentos concretos e objetivos do profissional”⁵⁶⁷.

⁵⁶² MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 527.

⁵⁶³ Ibidem, p. 577.

⁵⁶⁴ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 578-579.

⁵⁶⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 187-188.

⁵⁶⁶ FABRE-MAGNAN, Muriel. **Les obligations**. Paris: PUF, 2004, p. 421-422.

⁵⁶⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 583.

Essa compreensão da obrigação médica leva à imposição do dever de qualidade, que

exige a consideração do devedor em relação à totalidade dos interesses legítimos do credor da prestação, pouco importando a existência de motivação ou não, assim como a culpa ou dolo do agente causador de um determinado dano⁵⁶⁸.

Ora, adimplir a uma obrigação significa, necessariamente, atender a todos os interesses nela envolvidos, abarcando tanto os deveres ligados à prestação principal – *in casu*, obrigação de meio –, quanto aqueles relacionados à proteção das partes do processo obrigacional. Assim, o descumprimento de deveres anexos da boa-fé objetiva também é inadimplemento, gerando, inclusive, pretensão reparatória ou o direito potestativo à resolução do vínculo⁵⁶⁹.

Assim, há deveres laterais ou anexos, os quais alcançam todos os interesses conexos à execução da obrigação, consistindo em deveres de proteção, informação e cooperação. A lesão a tais deveres resulta na chamada “violação positiva do contrato”, a qual “aplica-se a uma série de situações práticas de inadimplemento que não se relacionam com a obrigação principal – mais precisamente, o inadimplemento derivado da inobservância dos deveres laterais ou anexos”⁵⁷⁰.

Embora não tenha correspondência específica no CC/02, a violação positiva do contrato aparece no Enunciado 24 do CJF: “em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”. Tal enunciado tem o mérito de demonstrar que a responsabilidade civil por violação positiva do contrato não corresponde a mero ato ilícito culposo, mas a quebra da confiança.

De fato,

a violação positiva do contrato como rompimento da relação de confiança que conecta as partes, mesmo que não atrelada aos deveres de prestação, deverá ser identificada em seus efeitos patrimoniais com o inadimplemento, para que dela se possa extrair o direito da parte

⁵⁶⁸ Idem.

⁵⁶⁹ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 104.

⁵⁷⁰ SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 266.

ofendida à resolução do vínculo obrigacional ou, mesmo, à oposição da *exceptio non adimpleti*, inclusive com todas as consequências da responsabilidade civil, sobremaneira o dever de indenizar em prol do lesado⁵⁷¹.

Nos casos de *wrongful birth* e de *wrongful life*, existe a violação positiva do contrato, vez que, em que pese o obstetra tenha adimplido com a obrigação principal, que é a de acompanhamento pré-natal da gestante e realização do parto, ele falha no cumprimento do dever de informar, o que gera o nascimento de uma vida inviável.

Questão tormentosa ocorre quando o profissional liberal pertence a uma pessoa jurídica, como é o caso em que o médico trabalha em um hospital.

O caráter da responsabilidade do profissional liberal, como já referimos, é eminentemente pessoal. E a natureza subjetiva, a exigir a verificação de culpa, é exceção à regra da responsabilidade objetiva dos fornecedores, razão por que deve ser interpretada restritivamente. Neste caso, dois são os entendimentos possíveis: a) primeiro, o de que a regra da culpa, ao restringir-se ao profissional liberal, não se estende à pessoa jurídica fornecedora a qual ele pertence como sócio, empregado ou a qualquer outro título. Neste caso, a responsabilidade da pessoa jurídica, ao ser demanda [sic] como fornecedora, permanece objetiva, bastando, para ser caracterizada, que sejam demonstrados os pressupostos específicos da responsabilidade pelo fato do serviço, dentre os quais o defeito; b) o segundo entendimento vincularia a identificação da responsabilidade do profissional como pressuposto da responsabilidade da pessoa jurídica a que ele esteja vinculado. Em muitos casos, mesmo a caracterização do defeito seria dependente da verificação da culpa do profissional liberal (a adoção de procedimento terapêutico equívoco pelo médico, por exemplo)⁵⁷².

Sobre isso, vale transcrever a lição de Bruno Miragem, que leciona que

muito se discute sobre a eventual dependência da responsabilidade objetiva do hospital ou clínica em relação à verificação da culpa do profissional médico que nelas atua, sobretudo em vista da exigência de que este seja demandado obrigatoriamente para que se possa alcançar a responsabilidade da instituição. Ou seja, que só haveria condições de imputação da responsabilidade aos hospitais ou clínicas na medida em que se provasse a culpa do profissional médico, como, aliás, é admitido no direito civil, na hipótese da responsabilidade por preposição (artigo 932, III, do CC). Este raciocínio, contudo, parece confundir os pressupostos de ambas as relações de responsabilidade, do profissional que é subjetiva e, portanto, dependente da verificação da culpa, e a do hospital ou clínica que é objetiva, neste caso exigindo a presença de defeito na prestação do serviço⁵⁷³.

⁵⁷¹ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 106.

⁵⁷² MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 579.

⁵⁷³ *Ibidem*, p. 584.

E continua:

A situação de se confundirem em algumas oportunidades a culpa médica (do profissional) e o defeito do serviço (do hospital ou clínica), como resultantes de um mesmo fato, não faz com que possam ser tratados como um mesmo critério de imputação de responsabilidade, presente nos dois regimes, ou que se conclua por uma dependência necessária entre a existência da culpa do profissional e a possibilidade de responsabilização do hospital. No que se refere ao defeito do serviço, pode ele ser caracterizado pela violação de deveres pelo médico preposto, empregado ou de qualquer modo associado ao hospital ou clínica, da mesma forma como pode ser caracterizado por qualquer outra falha da instituição na prestação do serviço⁵⁷⁴.

E arremata:

da mesma forma, ainda quando se considere a exigência de verificação da culpa como condição para o reconhecimento do defeito (a falha do médico transmuta-se na falha do hospital), nem sempre a culpa médica ou o defeito serão objeto de prova. Poderão ser presumidos em vista das circunstâncias do caso ou em decorrência da inversão do ônus da prova prevista no artigo 6º, VIII, do CDC nas hipóteses de reconhecimento a hipossuficiência do consumidor ou da verossimilhança de suas alegações, assim como da teoria da carga dinâmica da prova, desenvolvida no âmbito do processo civil. Trata-se, pois, de uma questão circunscrita ao reconhecimento do nexo de causalidade, para o que se deverá examinar a conduta do profissional e do hospital, e não uma vinculação lógica obrigatória entre a culpa do profissional e o defeito na prestação do serviço pela instituição⁵⁷⁵.

3.3.1.4 Excludentes de causalidade e excludentes de responsabilidade

Há algumas (poucas) situações que excluem a responsabilidade civil do médico, cabendo a este trazer aos autos as provas das causas que liberam da culpa⁵⁷⁶. Fernanda Schaefer reconhece dez causas excludentes de responsabilidade civil do médico.

A primeira consiste na legítima defesa⁵⁷⁷, que aparece no art. 188, I do CC/02 e no art. 25 do CP. Não obstante, a autora não exemplifica nenhuma situação em que um médico pode agir em legítima defesa, excluindo responsabilidade civil por fato do serviço médico.

A segunda é o estado de necessidade, que aparece no art. 24 do CP:

⁵⁷⁴ Idem.

⁵⁷⁵ Idem.

⁵⁷⁶ SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade Civil do Médico & Erro de Diagnóstico**. 11ª reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 51.

⁵⁷⁷ Ibidem, p. 48-49.

“considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”.

O exemplo citado pela autora é o do médico que sacrifica a vida do feto para salvar a da mãe⁵⁷⁸.

A terceira consiste no exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal, constantes do inciso III do art. 23, do CP. Segundo Schaeffer,

o dever legal é decorrente de qualquer tipo de norma legal, seja ela penal, civil, administrativa etc. Para restar caracterizada deve ter sido conduzida em estrita obediência aos limites do dever, caso contrário pode configurar abuso de direito ou seu exercício irregular ou anormal⁵⁷⁹.

Embora a autora não exemplifique, podemos entender como estrito cumprimento de dever legal a realização de cirurgia de emergência sem a coleta do TCI, vez que o art. 7º do Código de Ética Médica veda que o esculápio deixe de atender em setores de urgência e emergência.

A quarta é o fato da vítima, exclusivo ou concorrente. Segundo a autora, “a culpa da vítima, quando exclusiva, elide a causalidade entre o dano e a [sic] fato. A culpa concorrente gera uma responsabilidade bipartida, fazendo que cada um responda proporcionalmente à sua parcela de culpa”⁵⁸⁰. A autora também não exemplifica, mas podemos falar em fato exclusivo da vítima quando o médico receita uma medicação e a informa que o paciente não pode ingerir bebidas alcoólicas durante o tratamento, mas, ainda assim, ele o faz. Quanto à culpa concorrente, existe julgado do TJPR no sentido de que há culpa concorrente no dano estético quando a paciente de cirurgia plástica abandona tratamento pós cirúrgico⁵⁸¹.

⁵⁷⁸ Ibidem, p. 49.

⁵⁷⁹ Idem.

⁵⁸⁰ Idem.

⁵⁸¹ Indenização por danos estéticos e morais. Apelação Cível1. Ilegitimidade passiva. Matéria já decidida. Preclusão. Dever de informação-transparência. Dever de indenizar. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Recurso não provido. Apelação Cível2. Danos estéticos. Afastamento, ante a culpa concorrente da vítima. Abandono de tratamento pós-cirúrgico. Litigância de má-fé não configurada. Multa excluída. Danos morais. Majoração. Sucumbência recíproca. Inexistência. Recurso que merece provimento parcial. Apelação Cível3. Sentença nula. Ausência de conclusão lógica. Descabimento. Recurso que não merece provimento. I - Resta preclusa a matéria já decidida e transitada em julgado. II - Cabe ao médico tomar os cuidados devidos para requisitar exames pré-operatórios e informar adequadamente à paciente

A quinta causa é o fato exclusivo de terceiro, que, segundo Schaeffer,

“figura ao lado do caso fortuito e força maior como expressão de ‘causa estranha’. Para a doutrina em geral, somente exonera a responsabilidade quando afasta totalmente o nexo de causalidade. Exemplo: prejuízo causado a pacientes por pessoas estranhas ao corpo clínico de um hospital”⁵⁸².

Outro possível exemplo, ligado a *wrong actions*, seria uma situação em que todos os exames pré-natal foram trocados pelo laboratório, levando o médico a crer que a paciente estava gerando uma criança saudável, quando, na realidade, gerava um feto anencéfalo.

Sobre o fato exclusivo da vítima e o fato exclusivo de terceiro, insta colecionar lição de Bruno Miragem, no sentido de que

a demonstração da existência da culpa exclusiva da vítima ou de terceiro deve ser cabalmente demonstrada pelo fornecedor para eximir-se da responsabilidade. Ou seja, há imputação objetiva de responsabilidade do fornecedor, cabendo a ele desincumbir-se do ônus de provar a existência destas excludentes⁵⁸³.

E continua:

no caso de culpa de terceiro, note-se que ao mesmo tempo em que a responsabilidade do fornecedor é afastada, este terceiro, uma vez tendo sido demonstrado o vínculo lógico da sua conduta com o dano causado, poderá ser reconhecido como legítimo para ser demandado na correspondente ação indenizatória da vítima. A posição de terceiro, neste sentido, é admitida a todo aquele que, não participando da cadeia de fornecimento, realiza conduta que dá causa ao evento danoso de modo independente da conduta do fornecedor ou do defeito. Ou para dizer melhor, só é admitido como terceiro quem não participa da cadeia de fornecimento. Assim, se a causa do dano decorrer da conduta de um integrante da cadeia de fornecimento, agente

sobre a real possibilidade de êxito na cirurgia plástica. Descuidando do dever de informar, o médico anui com o risco do insucesso da cirurgia e com a possibilidade de indenizar a paciente. III - Na prestação de serviços médico-hospitalares se aplica o Código de Defesa do Consumidor. IV - Não há que se falar em indenização por danos estéticos, se houve culpa concorrente da paciente, ao abandonar o tratamento pós-cirúrgico. V - A alegação da autora não trouxe qualquer prejuízo aos réus, razão pela qual há que se afastar a multa por litigância de má-fé. VI - Indenização arbitrada em valor irrisório não pode subsistir, posto que a indenização por dano moral embora não seja um meio de enriquecimento, deve representar valor suficiente e bastante para amenizar o inconformismo da parte lesada. VII - Tendo a autora decaído de parte mínima dos pedidos, não há que se falar em sucumbência recíproca. VIII - Não é nula a sentença que traz em sua parte dispositiva, a conclusão lógica decorrente dos exatos fatos e fundamentos apresentados na inicial. IX - Apelação Cível 1 que não merece provimento. Apelação Cível 2 que merece provimento parcial. Apelação Cível 3 que não merece provimento. (TJ-PR - AC: 4178592 PR 0417859-2, Relator: Tufi Maron Filho, Data de Julgamento: 17/12/2007, 9ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 7553)

⁵⁸² SCHAEFFER, Fernanda. *Op. cit.*, p. 49.

⁵⁸³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 558-559. No caso, a imputação não é objetiva, mas, sendo comprovada a culpa do profissional da medicina, ainda assim, caberá a ele comprovar as excludentes.

econômico que se vincula ao fornecedor direto imediatamente por contrato, ou de forma mediata, associando-se a outro parceiro negocial de modo a viabilizar a atividade negocial do fornecedor direto, não há de se cogitar nesta hipótese o afastamento da responsabilidade⁵⁸⁴.

Para exemplificar, o médico não pode alegar fato de terceiro em caso de dano causado pelo anestesista em uma cirurgia, por exemplo.

A sexta causa consiste no caso fortuito ou força maior, constantes do art. 393 do CC/02.

Caso fortuito é o fato imprevisível provindo da natureza sem qualquer intervenção humana. Na força maior o agente não tinha possibilidade de evitar o resultado danoso ainda que previsível. Na prática são figuras que se equivalem. Consistem no fato necessário, cujos efeitos era impossível evitar ou impedir. Não basta que tenham sido um mero imprevisto para o médico; devem ser excepcionais para ele e para outras pessoas que, se colocadas em seu lugar, também não poderiam prevê-lo ou evitá-lo. Cita-se aqui a iatrogenia, por exemplo, queda de cabelos em pacientes submetidos à radioterapia, que não se confunde com efeitos colaterais de prescrição inadequada⁵⁸⁵.

A sétima causa é a renúncia à indenização, a qual “não exonera da responsabilidade, porém é meio de extinção da obrigação. É ato jurídico unilateral, não receptício e irrevogável que importa na abdicação de um direito sem transferi-lo a outrem”⁵⁸⁶. A autora não traz exemplos, mas pode-se citar uma situação em que, ocorrendo erro médico em uma cirurgia plástica, causador de dano estético, o médico se compromete a corrigi-lo em novo procedimento, desde que o paciente renuncie a quaisquer pretensões indenizatórias em face do prestador de serviço.

A oitava causa é a ausência de nexo de causalidade. Ora, “não havendo o nexo causal entre o dano e o fato, não há o que se falar em responsabilidade civil”⁵⁸⁷. De fato, não se pode responsabilizar o médico por dano a que não deu causa, por exemplo, quando ele realiza uma cirurgia bem-sucedida, mas, por razões externas ao tratamento, o paciente sofre um infarto agudo do miocárdio durante o período pós-operatório e vem a óbito. O dano morte não foi causado pela cirurgia e nem se correlaciona com o pós-operatório.

⁵⁸⁴ Ibidem, p. 559.

⁵⁸⁵ SCHAEFFER, Fernanda. *Op. cit.*, p. 50.

⁵⁸⁶ Idem.

⁵⁸⁷ Idem.

A nona causa consiste no erro e na ignorância, do art. 21 do CP, que preconiza que: “o desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço”.

Segundo Schaeffer, “o erro é a falsa representação da realidade e, quando inevitável, isenta de pena. A ignorância pressupõe total desconhecimento a respeito de determinada matéria⁵⁸⁸”. A autora não exemplifica, mas podemos usar o exemplo de um médico que, tendo se graduado em medicina em outro país, vem a exercer a profissão no Brasil e prescreve tratamento vedado pela lei brasileira.

A décima e última causa é a cláusula de não indenizar.

Embora discutível a sua validade, alguns autores afirmam que, se bilateralmente ajustada, com vantagens paralelas e compensadoras em benefício do renunciante, e se não contrariar a ordem pública, é válida como causa de exclusão da responsabilidade civil, mas nunca eximirá da responsabilidade penal⁵⁸⁹.

Uma causa não citada por Schaeffer, mas que está presente no CDC, é a inexistência de defeito do serviço, presente no art. 14, §3º, I: “O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste”.

Aprofundando-nos na inexistência do defeito, temos que

a previsão do *defeito* como *pressuposto* do dever de indenizar tem origem no direito europeu (Diretiva 85/374/CEE) e surge como uma tentativa de delimitação do regime de responsabilidade objetiva do CDC, em contraposição ao tratamento que sobre o tema deu o direito norte-americano, aparentemente sem a eleição expressa de um critério de atribuição da responsabilidade que não o risco da atividade do produtor ou fabricante (neste sentido, o §432 do *Second Reestatement of Torts*). O exame da existência ou não do defeito do produto pressupõe, naturalmente, a colocação do produto no mercado⁵⁹⁰.

Segundo Bruno Miragem,

a principal questão a ser considerada com respeito a esta causa excludente é o modo como se deverá avaliar a presença ou não do

⁵⁸⁸ Idem.

⁵⁸⁹ Ibidem, p. 50-51.

⁵⁹⁰ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 556. Na mesma linha, TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 237-250.

defeito. No direito europeu da Diretiva 85/374/CEE, admite-se como excludente da responsabilização do fornecedor a demonstração, por parte deste, da probabilidade de inexistência de defeito. Refere, no caso, o artigo 7º, da mencionada Diretiva, que o produtor não será responsável quando provar, dentre outras hipóteses, 'que, tendo em conta as circunstâncias, é legítimo estimar que o defeito causador do dano não existia no momento em que o produto foi posto em circulação pelo produtor ou que esse defeito surgiu posteriormente'. Ou seja, no regime europeu, basta a demonstração de uma mera probabilidade de inexistência do defeito para excluir-se a responsabilidade do produtor. Não é, a toda vista a regra da lei brasileira⁵⁹¹.

É dizer, no Brasil, o legislador trouxe um regime mais rigoroso, exigindo prova positiva da inexistência do defeito⁵⁹², de forma que, não se comprovando cabalmente a ausência de defeito, não se poderá afastar a responsabilidade do fornecedor, que será submetido à interpretação no que diz respeito à regularidade da conduta.

Foi esse o entendimento do STJ em uma ação de *wrongful conception* julgada em 2013, em acórdão assim ementado:

Agravo regimental no recurso especial. Civil e processo civil. Responsabilidade civil. Direito do consumidor. Dever de informação. Anticoncepcional. Gravidez indesejada. Possibilidade. Informação constante da bula do medicamento. Inexistência de defeito de informação. 1. Ação de indenização movida por casal contra o laboratório fabricante do anticoncepcional Mesigyna, em decorrência de sua ineficácia, ensejando uma terceira gravidez não planejada. 2. Alegação do laboratório fabricante, acolhida pelas instâncias de origem, de que nenhum anticoncepcional é cem por cento eficaz, tendo essa informação constado de sua bula. 3. Fato notório de que os métodos contraceptivos não são 100% eficazes. 4. Informação constante da bula do medicamento. 5. Não caracterização do defeito de informação. 6. Necessidade de revisão da prova colhida no processo que esbarra no óbice da Súmula 07/STJ. 7. Agravo Regimental desprovido" (STJ, AgRg no REsp 1.261.815/SC, 3ª Turma, julgado em 19/02/2013, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 25/02/2013).

Nesse caso, o laboratório fabricante do anticoncepcional comprovou a inexistência do defeito de informação e, assim, foi eximido de responsabilidade.

3.4 Do *quantum debeat* em matéria de *wrong actions*

É impossível negar a plena reparabilidade dos danos extrapatrimoniais, considerando, no contexto supracitado de "virada kantiana", o art. 5º, V e X da CRFB. Em contrapartida, têm ocorrido acirrados debates, tanto

⁵⁹¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 556.

⁵⁹² MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 1993, p. 151.

em âmbito doutrinário quanto jurisprudencial, em relação aos critérios para estipular o *quantum* dos danos extrapatrimoniais⁵⁹³.

Maria Celina Bodin de Moraes cita julgados do STJ, no sentido de que

certo é que a indenização, como se tem assinalado em diversas oportunidades, deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às suas peculiaridades em cada caso, devendo, de outro lado, desestimular o ofensor a repetir o ato⁵⁹⁴.

A pergunta que se faz é se, em matéria de responsabilidade civil, é correto a vítima receber mais do que o que é necessário ou suficiente para compensar o dano sofrido, isto é, se o ofensor deve ser punido pelo dano causado⁵⁹⁵.

Ora, considerando que, nos últimos tempos, tem sido crescente o apelo para o contrato de seguro, a função preventiva da responsabilidade civil, por si só, deixa de ser tão importante. Ora, se qualquer um pode ser assegurado pelos danos que possa infringir a outrem e o peso do ressarcimento não vai recair sobre o seu patrimônio, perde-se o caráter de desestímulo da responsabilidade civil⁵⁹⁶.

A partir daí, alguns doutrinadores passam a entender que, havendo dano, deve haver uma retribuição, uma punição ao ofensor, reconhecida pelo magistrado e influenciando na condenação. Não obstante, esse desvalor de conduta só teria relevância quando da fixação do *quantum* dos danos extrapatrimoniais⁵⁹⁷.

Assim, considera-se que, isoladamente, a função compensatória não consegue explicar a dinâmica do ilícito civil. Defende-se, assim, a necessidade

⁵⁹³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 25-26.

⁵⁹⁴ Ibidem, p. 31.

⁵⁹⁵ Ibidem, p. 32.

⁵⁹⁶ ROPPO, Vincenzo. **Diritto Privato**. Torino: Giappichelli, 2010, p. 587-588.

⁵⁹⁷ MONATERI, Pier Giuseppe. **Manuale Della Responsabilità Civile**. Torino: UTET, 2001, p. 33.

de o sistema de responsabilidade civil possuir mecanismos hábeis a sancionar comportamentos ilícitos de maneira preventiva e autônoma ao mero ressarcimento ou compensação de danos, de onde surge a função dissuasória de atos ilícitos em matéria de responsabilidade civil⁵⁹⁸.

A responsabilidade civil possui uma função de instrumento de controle social no confronto de atividades potencialmente lesivas. O lesado almeja o ressarcimento do dano que sofreu e não a remoção das condições que provocaram aquele dano.

Conforme lição de Nelson Rosenvald,

na pré-história da responsabilidade civil, pode-se situar a *vingança* como a primeira forma de reação contra comportamentos lesivos. Na ausência de um poder central, a *vendeta* era levada a efeito pela própria vítima ou pelo grupo ao qual pertencia. O passo sucessivo foi a Lei de Talião: *olho por olho, dente por dente* – típico da tradição bíblica –, a qual, não obstante o seu rigor, tratava-se indubitavelmente de um temperamento dos costumes primitivos, em função da proporcionalidade do castigo. Apenas em um momento posterior a estas primitivas formas de autotutela, deu-se início à compensação pecuniária, um acordo pelo qual a devolução de uma soma em dinheiro substituía tanto a vingança incondicional como a Lei de Talião. Nesse ambiente nasce a responsabilidade civil, no sentido moderno da expressão, compreendida como obrigação de restituir ao ofendido um [sic] soma em pecúnia com a função de sancionar o ofensor e satisfazer o ofendido⁵⁹⁹.

Em Roma, por muito tempo, até mesmo delitos que, hoje, possuem natureza penal de menor gravidade – como furto, dano e lesões pessoais mais leves – eram apenados apenas com a pena privada, posto que os delitos privados diziam respeito primeiramente ao ofendido, não à sociedade, legitimando reação pessoal do ofendido. Era um sistema paralelo e complementar ao sistema criminal⁶⁰⁰.

Posteriormente, veio a Lei das XII Tábuas, onde a estrutura do delito

é composta de fatos que ensejam penas, devidas ao réu mediante soma de dinheiro, mas não em resposta ao fato cometido. Trata-se de um ônus, não de uma obrigação. Ônus de evitar a *manus iniectioem*, que representa a estrutura de aplicação da pena última: a pena capital.

⁵⁹⁸ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**, v. 3. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 79.

⁵⁹⁹ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**. A reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013, p. 5-6.

⁶⁰⁰ Ibidem, p. 6. Na mesma linha, ZOPPINI, Andrea. **La pena contratuale**. Milano: Giuffrè, 1991, p. 20.

Antes da *sponsio*, não há dever de pagar, não é obrigação, mas somente um sistema de ônus que permite evitar a vingança final legítima, a morte. Aliás, na 1ª fase de evolução do direito romano, a função principal da responsabilidade civil não era primordialmente a de ressarcir o ofendido, mas sim a de punir o responsável pela lesão. No curso da era republicana se verificou um fenômeno de progressiva despenalização do ilícito penal e de diversificação do ilícito privado, nascendo a noção de obrigação *ex delicto*⁶⁰¹.

Na Idade Média, passa-se a utilizar a pena privada com caráter ressarcitório, não mais unicamente punitivo. O juiz só intervinha a pedido do lesado, ou quando a pena tinha o único objetivo de satisfazer a interesses particulares. A pena criminal servia para reprimir violações de interesse geral, sendo que, via de regra, utilizava-se as composições em favor do *fiscus regis*, em um sistema de pena privado. É que as composições eram

a pena privada por excelência, nascendo como obrigação derivada de delito, consistente na satisfação de um fato ou ato ilícito que constituísse uma injustiça. Simultaneamente fazia o papel de pena (caráter aflitivo) e de reparação de danos (ressarcitório e satisfatório). Restaurava-se a paz turbada e nada mais era devido à vítima. O montante das composições ou era fixo, baseado em sistema duodecimal, ou fazia referência a um múltiplo⁶⁰².

Com o fim da Idade Média e a ascensão do Estado moderno, os particulares perdem a matéria penal e a sanção já não é mais imposta em interesse do sujeito, mas de toda a sociedade, representada pelo ordenamento jurídico, que passa a distinguir a pena enquanto sanção pública do dano como reparação econômica da lesão⁶⁰³.

Paulatinamente, perde-se a função punitiva da responsabilidade civil, de maneira que esse caráter reparatório vem a dominar todo o direito das obrigações, para se evitar o enriquecimento sem causa da parte levada, aplicando-se, pois, o princípio da justiça comutativa⁶⁰⁴.

Entre os séculos XVI e XVII, a escola do jusnaturalismo veio colaborar com o engendramento de um sistema jurídico mais racional, proclamando que todo dano deverá ser ressarcido, conforme as leis naturais⁶⁰⁵.

A crítica que se faz é no sentido de que

⁶⁰¹ ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 7.

⁶⁰² *Idem*.

⁶⁰³ *Ibidem*, p. 9.

⁶⁰⁴ GALLO, Paolo. **Pene private e responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 1991, p. 41.

⁶⁰⁵ GALGANO, Francesco, *apud* ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 10, nota de rodapé.

em um modelo jurídico de responsabilidade cuja única função é a de consentir a reparação do dano injusto, não apenas resta cancelada a sua função penal originária, bem como a eliminação das diferentes espécies de ilícitos e a aferição do elemento subjetivo do autor da lesão para a quantificação da reparação⁶⁰⁶.

Ora, de fato, partindo-se de uma teoria de que a pena tem uma função preventiva, essa prevenção deve advir da ameaça de um mal maior do que o causado com a violação da norma jurídica, sob pena de ficar aviltada a função intimidativa da pena. As sanções forem meramente ressarcitórias, de forma que os dois danos se veem igualados, de forma que as sanções punitivas aparecem como um excedente em razão das violações que o ordenamento jurídico considerar mais perigosas⁶⁰⁷.

Para se falar em pena, deve-se estudar, também, o instituto da sanção, cujo conteúdo pode ser uma simples desaprovação, uma censura, purificação, expiação, penitência, privação de um bem econômico, privação de uma vantagem, afastamento de um grupo, penas corporais, segregação, ou até mesmo a morte da pessoa⁶⁰⁸.

A sanção aparece como medida indireta de controle social, com vistas à observância do Direito, obstaculizando comportamentos indesejados, por meio da retribuição ou da reparação. É, pois, uma coação institucionalizada em resposta à violação de normas⁶⁰⁹.

A sanção por violação de obrigação pode ter caráter restitutivo – onde aparecem todas as sanções que visam ao restabelecimento do equilíbrio da relação jurídica, por exemplo, por meio de um equivalente econômico, como acontece na condenação do autor do dano a reparar as perdas e danos – ou punitivo – em que a ameaça precede a violação da norma, impondo uma desvantagem para o autor do ato ilícito⁶¹⁰, como, por exemplo, acontece nas multas ambientais.

⁶⁰⁶ ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 11.

⁶⁰⁷ GAVAZZI, Giacomo. **Elementi di teoria del diritto**. Torino: G. Giappichelli, 1986, p. 72.

⁶⁰⁸ *Ibidem*, p. 58.

⁶⁰⁹ BOBBIO, Norberto. Sulle sanzioni positive. In: **Scritti dedicati ad Alessandro Raselli**. Milano: Giuffrè, 1971, p. 245.

⁶¹⁰ PADOVANI, Tullio. Lectio brevis sulla sanzione. In: BUSNELLI, Francesco; SCALFI, Gianguido (Org.). **Le pene private**. Milano: Giuffrè, 1985, p. 60.

Conexo ao conceito de sanção, aparece o conceito de ilícito jurídico, vez que a sanção aparece como meio de prevenir ilícitos futuros e reparar os que já aconteceram, ou seja, o ilícito é um *prius* derivado da prescrição jurídica e da possibilidade de sua violação. Ainda assim, há que se separar os dois conceitos muito bem, vez que nem todo ilícito é sancionável e mesmo alguns que o são acabam não sendo sancionados⁶¹¹.

Há que se distinguir, ainda, os ilícitos típicos dos ilícitos atípicos. Nos primeiros, aparece uma violação a uma regra. Em contrapartida, quando existe uma regra que permite determinado comportamento, a realização desse comportamento contrariando princípios transforma um ato que poderia ser lícito em um ato ilícito, como no abuso de direito, na fraude à lei e no desvio de poderes⁶¹².

Ora,

o ilícito é pressuposto da sanção. Assim, a incidência de uma sanção punitiva pela prática de um ato ilícito poderá ser fonte de responsabilidade civil, independentemente da aferição concreta de danos patrimoniais ou extrapatrimoniais, seja por não existirem ou serem de difícil percepção. Vale dizer, a função sancionatória se dará cumulativamente, lateralmente à função reparatória da responsabilidade civil, ou mesmo à margem desta. Neste caso, haverá a responsabilidade civil sem dano. A pena constitui uma punição pela transgressão da norma enquanto a reparação persegue unicamente a restauração da lesão praticada por outro sujeito⁶¹³.

Trazendo a discussão para nosso tema de estudos, em uma *wrong action*, existe tanto a necessidade de reparação – que aparece pela obrigação do médico de pagar as despesas de tratamento da criança cuja vida é inviável – e a de punição por uma transgressão ao Direito.

Assim, Rosenthal vê o direito privado como um “*tertium genus*” de um direito punitivo, onde o Direito Administrativo e o Direito Penal também cumprem esse *múnus*.

⁶¹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**, t. II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 201: “há mais atos ilícitos ou contrários ao direito que os atos ilícitos de que provém obrigação de indenizar”. Na mesma linha, GAVAZZI, Giacomo. *Op. cit.*, p. 52.

⁶¹² Sobre ilícitos atípicos, ver, por todos, ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos atípicos**: sobre o abuso de direito, fraude à lei e abuso de poder. Trad. Janaina Roland Matida. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

⁶¹³ ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 37.

Destaca-se o impacto benéfico da medida sancionatória civil, por mais adequada e eficiente no plano dos resultados do que a tradicional resposta punitiva criminal, sobremaneira no campo econômico e nos direitos da personalidade. A proteção patrimonial e existencial das vítimas de ilícitos típicos da pós-modernidade, decorrentes do desenvolvimento industrial, tecnológico e científico, pode ser bem desenvolvida por um direito privado liberto do amesquinamento do monopólio da tutela ressarcitória⁶¹⁴.

Ao falar da pena civil, Savigny afirma que ela possui uma dupla natureza: seu fundamento e escopo a tornam uma pena penal, ao passo que sua forma e efeitos a transformam em pena de direito civil⁶¹⁵.

De fato, a tendência atual é de se enxugar a incidência da pena criminal, em um direito penal mínimo, o mais limitado e condicionado possível, correspondendo ao maior grau de tutela das liberdades do cidadão face à repressão estatal, excluindo-se a responsabilidade penal sempre que incertos ou indeterminados seus pressupostos⁶¹⁶. Assim, a tutela criminal fica adstrita aos bens jurídicos mais importantes, quando não se pode atingir a paz social por outros meios menos degradantes da dignidade humana⁶¹⁷.

Os chamados *punitive damages* têm sido defendidos como um método salutar de desencorajar ações danosas e como um incentivo ao ajuizamento de ações para corrigir uma ampla gama de casos de opressão e ultraje que, na prática, escapam à atenção dos promotores de justiça, ocupados com crimes sérios, e dos quais as pessoas, sem os *punitive damages* não achariam interessante o desgaste e os custos de um processo judicial⁶¹⁸.

Contudo, a questão dos *punitive damages* é problemática. É dizer, a própria combinação de compensação com punição já é suficientemente problemática. E, como se não bastasse, a imposição de *punitive damages* em sede de responsabilidade civil aumenta as qualificações da própria responsabilidade penal, sem falar nas dificuldades de natureza material e

⁶¹⁴ Ibidem, p. 124.

⁶¹⁵ SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Le obbligazioni**. Trad. Giovanni Pacchioni. Torino: Torinese, 1912, p. 276.

⁶¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassam Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, p. 83-84.

⁶¹⁷ ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 127.

⁶¹⁸ PROSSER, William; WADE, John; SCHWARTZ, Victor. **Torts: cases and materials**. 7. ed. Nova York: Foundation Press, 1982, p. 561.

processual envolvendo a associação entre os dois tipos de danos, na estrutura do processo civil⁶¹⁹.

Maria Celina Bodin de Moraes⁶²⁰ duvida que, na fixação do valor da indenização, deva-se considerar, sempre e necessariamente, as condições econômicas da vítima, vez que esse tipo de consideração tem servido, não raramente, para reduzir o *quantum* indenizatório, sob os auspícios de evitar o enriquecimento sem causa da vítima.

A autora nos lembra que

Nos Estados Unidos, de onde os chamados ‘danos punitivos’⁶²¹ foram importados, não há qualquer preocupação com o enriquecimento da vítima, o qual, antes, é pressuposto. Isto ocorre porque lá se tem o dano punitivo como justificado para que cumpra alguns objetivos de pacificação social, próprios da cultura daquela sociedade. Ele serve para: i) punir o ofensor por seu mau comportamento; ii) evitar possíveis atos de vingança por parte da vítima; iii) desestimular, preventivamente, o ofensor e a coletividade de comportamentos socialmente danosos, quando o risco de ser obrigado a compensar o dano não constituir remédio persuasivo suficiente; iv) remunerar a vítima por seu empenho na afirmação do próprio direito, através do qual se consegue um reforço geral da ordem jurídica⁶²².

De toda forma, insta relembrar que não existe, no Brasil, a cultura de o magistrado motivar de maneira precisa o *quantum* indenizatório. Na maioria dos casos, eles utilizam apenas argumentos como “razoabilidade” ou “bom senso”, já que a determinação do valor devido não está subordinada a relações de causa e efeito ou de coordenação com as provas produzidas no processo, sem detalhar, assim, o *iter* percorrido pelo julgador para atribuir aquela quantia, e não outra, o que resulta em grande disparidade de valores indenizatórios⁶²³ e, por conseguinte, castra a segurança jurídica.

Na Inglaterra, há três categorias de *punitive damages*, a saber: 1 – quando há disposição legal autorizando sua aplicação; 2 – quando funcionário público vulnera direito fundamental do cidadão por meio de conduta vexatória, opressiva, arbitrária ou inconstitucional; 3 – quando o autor do ilícito acredita que

⁶¹⁹ ENGLARD, Izhak. **The philosophy of tort law**. Dartmouth: Aldershot, 1993, p. 145.

⁶²⁰ *Op. cit.*, p. 32.

⁶²¹ Nelson Rosenvald prefere a tradução “condenação punitiva”. *Op. cit.*, p. 141.

⁶²² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p. 33-34.

⁶²³ *Ibidem*, p. 37.

a conduta danosa lhe causará vantagem econômica superior à indenização a ser paga à vítima⁶²⁴, que é o chamado *efficient breach of contract*⁶²⁵.

Segundo Nelson Rosenvald,

a pena civil na responsabilidade extracontratual não está morta. As fronteiras abertas pela prática estrangeira demonstram que há espaços capitais de atuação para este modelo jurídico, desde que aplicado com razoabilidade e de forma excepcional. O que sobressai da experiência estadunidense é uma intensa preocupação em ameaçar (em um primeiro momento) e punir (em um segundo) aqueles atores que demonstram indiferença pela preservação de situações jurídicas de terceiros. Cuida-se de uma conciliação entre o interesse do particular e de toda uma coletividade indeterminada de pessoas, virtualmente exposta a ilícitos⁶²⁶.

O que se pergunta é como avaliar o *quantum debeatur* a partir da perspectiva dos *punitive damages*.

A Suprema Corte dos EUA se utiliza de quatro critérios, quais sejam: 1 – a gravidade da conduta do autor do dano; 2 – o caráter físico ou moral do dano; 3 – eventual situação de debilidade da vítima; 4 – se o autor do dano agiu com dolo⁶²⁷.

Trazendo esses critérios para nossa discussão, temos uma conduta grave do autor do dano por *wrongful birth* ou *wrongful life*, vez que violadora de direitos da personalidade, direito do consumidor e até mesmo do próprio código de conduta ética de sua profissão. Há, outrossim, tanto caráter físico quanto moral no dano. Ambas as possíveis vítimas – mãe grávida e feto – são, conforme explicado alhures, *hipervulneráveis*. Quanto ao autor do dano ter agido ou não com dolo, caberá à casuística dizer, mas o certo é que, pelos critérios da Suprema Corte nos EUA, a indenização haveria de ser bem alta.

Contudo, há outros aspectos a serem analisados.

Ora, promover a saúde humana não é obrigação apenas do médico, mas, principalmente, do próprio Estado, em todas as instâncias, inclusive bem comum. De fato, “não basta apenas uma saúde física individualizada ou

⁶²⁴ DIEZ-PICAZO, Luis. **Derecho de Danos**. Madrid: Civitas, 2002, p. 44.

⁶²⁵ KLASS, Gregory. Efficient breach. In: KLASS, Gregory; LETSAS, George; SAPRAI, Prince. **The Philosophical Foundations of Contract Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

⁶²⁶ *Op. cit.*, p. 147.

⁶²⁷ *Ibidem*, p. 219.

compartimentalizada em setores mais favorecidos. Faz-se necessária uma saúde socializada”⁶²⁸.

E quando se defere somas milionárias a vítimas de erro médico, como ocorre nos tribunais estadunidenses, gera-se, segundo alguns autores, instabilidade social e insegurança, de forma que o ofendido se torna algoz do ofensor, devendo o ordenamento jurídico deixar de se transformar em um sistema que propaga injustiça e excessos, mantendo atitudes desproporcionais e inaceitáveis⁶²⁹.

De fato, nos EUA, 15% dos advogados são especializados em causas envolvendo erro médico⁶³⁰. Lá, o profissional da medicina pode ser responsável por exames que não pediu e até mesmo por aqueles que foram considerados desnecessários após o diagnóstico, estando sujeitos a ressarcir os pacientes pelas perdas e danos da realização de exame médico inútil. Segundo Barros Júnior,

“consolidou-se nos Estados Unidos da América do Norte um vitimismo. As pessoas, espontaneamente, colocam-se no papel de vítimas com o único escopo de enriquecer, fato que deve ser considerado na situação brasileira”⁶³¹.

Aliás,

em meados da década de 1980, a crise do erro profissional levou, depois dos médicos, as companhias de seguro rumo à insolvência, porque grandes indenizações provocaram o afastamento de alguns médicos da profissão, devido ao aumento dos custos do valor do seguro. Sem outra saída, a administração do Governo Bush teve a iniciativa, em 1992, de elaborar um plano reformador contendo propostas que compeliavam os Estados Unidos a limitar o valor das indenizações em benefício da coletividade, medidas ainda ineficazes para a regressão da indústria do erro médico⁶³².

No Brasil, por sua vez, hoje, existe uma tendência de, em congressos de Medicina, haver mesas de discussões de cunho jurídico, com assuntos como erro médico, prevenção, indenização e consentimento profissional. Barros Júnior afirma que seria suficiente uma denominação uniforme para essas mesas:

⁶²⁸ FABRIZ, Daury César. **Bioética e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 359.

⁶²⁹ Ver BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *op. cit.*, p. 298; DELGADO, Rodrigo Mendes. **O valor do dano moral**. São Paulo: Mizuno, 2004, p. 227.

⁶³⁰ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: RT, 2002, p. 182.

⁶³¹ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *op. cit.*, p. 299.

⁶³² *Idem*.

Medicina defensiva: como exercer a sua profissão se protegendo do seu paciente”, o que o autor chama de “gravíssimo”, vez que “expõe às escâncaras o temor e a insegurança generalizados do médico em relação ao paciente, à sociedade e julgamentos arbitrários⁶³³.

Na mesma linha, o argentino Jorge Mosset Iturraspe lembra que têm se multiplicado encontros profissionais e acadêmicos envolvendo médicos e advogados, com vistas a superar prejuízos, bem como um maior conhecimento tanto do Direito como da Medicina e suas exigências, levando os médicos a pararem de ver os advogados apenas como pessoas que os querem extorquir, ao passo que os advogados passaram a compreender as dificuldades enfrentadas pelos práticos no exercício de suas profissões⁶³⁴.

Por isso, nas ações envolvendo erro médico, Barros Júnior defende que o magistrado deve “atuar com bom-senso, razoabilidade e proporcionalidade ao decidir o caso concreto, detectando, refreando e punindo os litigantes temerários”⁶³⁵.

Miguel Kfoury Neto enxerga que o medo da responsabilização poderá levar a uma inibição dos profissionais da saúde, bem como a um entrave no próprio processo científico da Medicina, que se vê fadada a se tornar uma ciência tímida e rotineira⁶³⁶.

Ora,

a dignidade da pessoa humana protege os pacientes, mas também os médicos, exigindo de ambos, indistintamente, eticidade de condutas. Por sua vez, os direitos de cada indivíduo devem ser harmonizados com os interesses da sociedade⁶³⁷.

De fato, o Estado só pode restringir a liberdade de alguém com o objetivo de manter a liberdade e a segurança de todos⁶³⁸.

Conforme lição de Barros Júnior,

o dano resultante do ato médico não é, de regra ou necessariamente, decorrente de culpa médica. Exigir dos médicos audácia e aceitação

⁶³³ Ibidem, p. 300.

⁶³⁴ ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidad de los profesionales**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 310.

⁶³⁵ BARROS Júnior. Edmilson de Almeida. *Op. cit.*, p. 304.

⁶³⁶ KFOURI NETO, Miguel, *apud* BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *Op. cit.*, p. 305.

⁶³⁷ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *Op. cit.*, p. 307.

⁶³⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 76.

de riscos – e, ao mesmo tempo, recusar o insucesso com punições jurídicas – significa condenar o esculápio a exercer sua profissão em permanente clima de incerteza e insegurança⁶³⁹.

Ora, um prático que é processado por um paciente sofre grande abalo psicológico. Obviamente, ninguém está preparado para ser processado e não é nada agradável receber uma citação, mas, quando se trata de médico, segundo Giostri, o impacto parece ser mais amplo, gerando verdadeiro desestímulo para o exercício da profissão⁶⁴⁰.

Assim, é de suma importância conciliar as exigências do bem comum com a dignidade do próprio médico⁶⁴¹, dando preferência, no bojo processual, às interpretações mais razoáveis, que melhor atendam ao bem comum da coletividade⁶⁴².

Nos EUA, a cada sete médicos, três já foram processados por responsabilidade médica. No estado da Califórnia, a estatística aumenta para três em cada quatro profissionais⁶⁴³, com destaque para os obstetras, que, diariamente, têm abandonado essa especialidade, tendo, inclusive, criado o *slogan* “os advogados que partejem os bebês”.

Naquele país, em 1969, o senador Ribicoff apresentou ao parlamento sua preocupação com o erro médico, advertindo que a grande quantidade de litígios envolvendo a temática representava risco tanto para os médicos quanto para a própria população, prevendo, inclusive, uma crise da saúde pública⁶⁴⁴.

Miguel Kfoury Neto sintetiza a situação com os seguintes dizeres: “corre-se o risco de se passar de uma situação de vítimas indefesas a outra situação, não menos perigosa, de profissionais indefesos”⁶⁴⁵.

⁶³⁹ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *Op. cit.*, p. 312.

⁶⁴⁰ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004, p. 129.

⁶⁴¹ CASTRO, João Monteiro. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Método, 2005, p. 80.

⁶⁴² MELO, Raimundo Simão. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**. São Paulo: LTr, 2004, p. 259.

⁶⁴³ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 203.

⁶⁴⁴ YUNGANO, Arturo Ricardo. **Responsabilidad profesional de los médicos: cuestiones civiles, penales, médico-legales y deontológicas**. Buenos Aires: Universidad, 1992, p. 282.

⁶⁴⁵ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: RT, 2002, p. 41.

Assim, entende-se que, para a humanidade se beneficiar da ciência médica, é necessário bom senso e equilíbrio, vez que os avanços da medicina são irrefreáveis até seus limites⁶⁴⁶, não se podendo, pois, esquecer que o médico é o guardião da vida, protetor e responsável pela saúde das pessoas, devendo ser visto como indispensável à sociedade, sendo impossível valorizar a vida sem valorizar o médico⁶⁴⁷.

Em razão de tudo isso, Barros Júnior defende a aplicação de razoabilidade e proporcionalidade em todo processo envolvendo erro médico: “a lei e as decisões judiciais não podem ser meros espectros descompassados com a realidade do mundo fenomênico, pois como apêndice meramente superficial, não servirá ao interesse social”⁶⁴⁸. E continua:

O dano, por esse novo enfoque, deixa de ser apenas contra a vítima para ser contra a própria coletividade, passando a ser um problema de saúde pública de toda a sociedade, daí a importância de qualquer julgador sopesar os Direitos Fundamentais individuais do médico e do paciente com os Direitos Fundamentais difusos e coletivos da sociedade, a fim de buscar uma solução mais justa, equânime e menos gravosa ao bem-estar social⁶⁴⁹.

De toda forma, em que pese a real necessidade de não banalizar os litígios contra médicos, entendemos que, uma vez adequadamente apurado o erro médico, a responsabilidade civil precisa exercer sua função punitiva e as indenizações precisam ser vultosas, pois o erro médico geralmente causa prejuízos gravíssimos e irreparáveis às vítimas, como ocorre nos casos de *wrongful life* e *wrongful birth*.

Nelson Rosenvald tenta trazer a problemática para o ordenamento brasileiro, propondo os seguintes critérios: gravidade da ofensa; graduação da culpa; capacidade econômica do ofensor⁶⁵⁰. Tais critérios teriam o condão de propiciar

⁶⁴⁶ COUTO FILHO, Antonio Ferreira *et al.* **Instituições de direito médico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 20.

⁶⁴⁷ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 532.

⁶⁴⁸ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *Op. cit.*, p. 321.

⁶⁴⁹ *Idem*.

⁶⁵⁰ Aliás, em uma perspectiva de Direito Comparado, no estado canadense de Québec, o CCQ/91 traz, em seu art. 1621, a necessidade de se apurar a situação econômica do devedor: “*Ils s’apprécient en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, notamment de la gravité de la faute du débiteur, de sa situation patrimoniale ou de l’étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers*”. QUÉBEC. **Code Civil du**

uma ponderada quantificação da sanção punitiva, que será acrescido, em vista de respeito às garantias constitucionais de três critérios de proporcionalidade abstratamente estabelecidos pela norma [...]: (a) vedação de excesso relativamente a um teto de condenação; (b) vedação de excesso com relação a um múltiplo dos valores arbitrados a título de compensação de danos; (c) o sujeito a benefício de quem a soma da pena civil será direcionada⁶⁵¹.

Sob essa perspectiva, teríamos uma indenização altíssima, dada a gravidade da ofensa ao se trazer ao mundo uma vida inviável sem dar à mãe a oportunidade de evitar o dano, a culpa médica, bem como a capacidade econômica do ofensor, vez que a classe médica é a mais bem remunerada do Brasil⁶⁵².

O valor de tal indenização, contudo, ficaria restrito a um teto máximo, a ser fixado pelo legislador ou pela própria *práxis* jurisprudencial, ao valor do dano material correspondente⁶⁵³ e à condição econômica da vítima, impedindo, assim, o enriquecimento sem causa e a tão temida banalização de litígios contra médicos.

Québec. Disponível em: <http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/showdoc/cs/CCQ-1991> (acesso em 22/01/2019).

⁶⁵¹ ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 222.

⁶⁵² TERRA. **Descubra quais as 7 profissões mais bem pagas.** Disponível em: <https://noticias.terra.com.br/educacao/descubra-quais-as-7-profissoes-mais-bem-pagas,978effd58ca09e67187eabfeb97d32f2k86ahmoa.html> (acesso em 22/01/2019).

⁶⁵³ O qual, na realidade, deve ser alto, vez que a tendência jurisprudencial, conforme demonstrado alhures, é no sentido de condenar o médico ao pagamento de todas as despesas advindas da doença.

CONCLUSÃO

“Em toda casa, aí entrarei para o bem dos doentes, mantendo-me longe de todo dano voluntário” (Juramento de Hipócrates).

1. Ações de *wrongful life* e *wrongful birth* se assemelham pelo ato ilícito do médico, consistente em não informar à mãe sobre condições do feto que lhe permitiriam realizar um aborto terapêutico.

2. A diferença entre a *wrongful life action* e a *wrongful birth action* consiste no fato de que, ao passo que aquela consiste em ação ajuizada pelo próprio feto, requerendo do médico compensação por ter sido trazido à existência para viver uma vida inviável, esta consiste em ação ajuizada pelos pais por não terem tido o direito a escolher evitar o nascimento da criança.

3. No caso do *wrongful birth*, pode-se afirmar que os pais sofreram dano ao livre desenvolvimento da personalidade, vez que seu projeto de vida foi prejudicado pelo ato do médico, que acabou por “obrigá-los” a ter um filho em condições que eles não gostariam.

4. O *wrongful birth* e a *wrongful life* são situações que não possuem o condão de conduzir a uma sociedade eugênica, vez que se trata apenas de responsabilidade civil do médico por não informar condições do pré-natal, ou por erro de diagnóstico, ou mesmo por não ter obtido o consentimento informado da mãe sobre a continuação da gravidez apesar da deficiência congênita.

5. Não se pode, contudo, determinar que a mãe é obrigada a abortar o feto ao descobrir uma deficiência, pois, isso sim, levaria a uma eugenia total, selecionando apenas as pessoas saudáveis, o que poderia representar um retorno à Lei de Licurgo.

6. Exatamente por isso, não se pode dizer que a pessoa pode processar seus pais por ter nascido.

7. No Brasil, hoje, só seria possível a indenização por *wrongful birth* ou *wrongful life* em casos de anencefalia não informada pelo médico, apesar de que já se tem reconhecido a juridicidade do aborto em casos de *zika* e

Chikungunya. Vale, inclusive, mencionar, que a deficiência *lato sensu* não pode ser utilizada como ponto de autorização para a terminalidade da vida. Parece que apenas a vida inviável seria assim passível de não ser vivida.

8. “Vida” não é simplesmente não estar morto, ou ter atividade cerebral, ou ter todas as células do corpo funcionando.

9. Para se considerar alguém vivo, há que se reconhecer que a pessoa está devidamente integrada à sociedade, participando ativamente da vida em sociedade.

10. Para se considerar que a pessoa está viva, ela deve ser capaz de conduzir a própria existência, fazer suas próprias escolhas, exercer sua liberdade.

11. Sendo assim, a vida enquanto existência, negação do estado morte, pode ser considerada um dano, tanto contra os pais da pessoa, quanto à própria pessoa, em uma situação em que não viver seria mais interessante do que ter uma vida inviável.

12. A responsabilidade civil do médico é subjetiva, ou seja, necessita de comprovação de culpa do médico, que, no caso específico das *wrong actions*, precisa ter agido com negligência ao não informar à mãe sobre a condição do filho que poderia ensejar um aborto terapêutico.

13. Em se tratando de *wrongful life* ou mesmo de *wrongful birth*, pode-se dizer que a lei reconhece a responsabilidade pois o médico quebrou seu dever de cuidado ao não informar o diagnóstico do feto.

14. Sendo a vida um dano indenizável, o nexo de causalidade entre a conduta negligente do réu e o dano causado se evidenciam pelo fato de que, não fosse a negligência do prático em prestar a devida informação sobre a deficiência congênita – trazendo a questão para o ordenamento jurídico brasileiro, caracterizada pela anencefalia –, o aborto teria sido realizado e o dano, evitado.

15. No que diz respeito à ordem jurídica consumerista brasileira, as situações de *wrongful birth* e *wrongful life* se relacionam à não prestação do

dever de informar ao consumidor sobre o serviço prestado. O que ocorre é uma violação ao direito à informação.

16. Nas situações de *wrongful birth* e *wrongful life*, os médicos também violam deveres do Código de Ética Médica no que diz respeito à necessidade de obtenção do consentimento informado do paciente com relação ao tratamento.

17. O “tratamento”, no caso, é o acompanhamento pré-natal até o nascimento da criança, sem a realização do aborto terapêutico.

18. No que diz respeito ao *quantum* da compensação no caso de *wrongful birth* e *wrongful life*, deve ser considerado o prejuízo material sofrido pelo nascimento da criança deficiente (pagamento de tratamentos médicos advindos da deficiência), bem como o prejuízo imaterial, no qual deve-se considerar a extensão do dano e as condições econômicas do autor do ato ilícito, limitado, contudo, a critérios de proporcionalidade, evitando-se, assim, indenizações altíssimas, com o condão de dissuadir o profissional do exercício da medicina.

19. As condições econômicas da vítima podem impedir a Responsabilidade Civil de cumprir sua função punitiva, diminuindo o *quantum debeat*, mas, ainda assim, devem ser levadas em consideração, com vistas a impedir o enriquecimento sem causa da vítima.

20. A aplicação da função punitiva da Responsabilidade Civil, nesses casos, serve para punir o médico pelo seu mau comportamento, evitar atos vingativos por parte da vítima, desestimular o ofensor e os outros médicos a cometer esse tipo de comportamento danoso e, por fim, remunerar a vítima, vez que ela se empenhou na própria afirmação do direito.

21. Por todo o exposto, e em resposta à pergunta-problema que foi posta na Introdução *supra*, temos que sim, o médico pode ser civilmente responsabilizado por não ter informado à mãe sobre uma condição do feto que lhe permitiria operar um aborto.

REFERÊNCIAS

ADAR, Yehuda; PERRY, Ronen. Wrongful abortion: a wrong in search of a remedy. **Yale Journal of Health Policy, Law and Ethics**. V. 5, 2005. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=876407 (acesso em 21/02/2018).

AGAR, Nicholas. Liberal Eugenics. In: KUHSE, Helga; SINGER, Peter. **Bioethics: an anthology**. New Jersey: Blackwell, 1999.

AGUIAR DIAS, José. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 8a. ed. 1987.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**, vol. 718/1995, p. 33-53, agosto de 1995. Acessado por meio da plataforma RT Online: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/authentication/formLogin> (acesso em 18/12/2018)

ALLPORT, Gordon Willard. **Structure et développement de la personnalité**. Neuchâtel: Delachaux, 1970.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 1980.

ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. **Habermas e a ética do discurso**. Disponível em: << http://www.pgfil.uerj.br/pdf/publicacoes/araujo/Habermas_etica_discurso.pdf >>. Acesso em: 09 jun. 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: RT, 2000.

ASCH, A. Reproductive technology and disability. In: COHEN, S.; TAUB, N. **Reproductive laws for the 1990s**. London: Humana Press, 1989, p.69-124. https://doi.org/10.1007/978-1-4612-3710-5_4

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos atípicos: sobre o abuso de direito, fraude à lei e abuso de poder**. Trad. Janaina Roland Matida. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri

Capitant. In: **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito médico**: abordagem constitucional da responsabilidade médica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BENATAR, David. **Better Never to Have Been**. Oxford: Clarendon Press, 2006.

BENFICA, Francisco Silveira. A autonomia dos docentes e o ordenamento jurídico. **Opinio Jure**. Canoas: 1996. n. 5, p. 4-9.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BLACK, Edwin. **War against the weak**. New York: Four Walls Eight Windows, 2003.

BOLZAN, Jose. **Habermas**: razão e racionalização. Ijuí: Unijuí, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORGES, Gustavo. **Erro médico nas cirurgias plásticas**. São Paulo: Atlas, 2014.

BORGES, Gustavo; MOTTIN, Roberta Weirich. Responsabilidade civil por ausência de consentimento informado no atendimento médico: panorama jurisprudencial do STJ. **Revista de Direito Privado**. vol. 64/2015, p. 119 - 143. Acessado pela plataforma RT Online.

BOURGEOIS, Léon. L'idée solidarité et ses consequences sociales. In: **Essai d'une philosophie de la solidarité**: conférences et discussions. 2. ed. Paris: Félix Alcan, 1907.

BOURRIER, Christophe. **La faiblesse d'une partie au contrat**. Louvain-la-Neuve: Bruylant, 2003.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**, v. 3. Salvador: Juspodivm, 2014.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Jornadas de Direito Civil I, II, III e IV**: enunciados aprovados. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf/view> (acesso em 20/12/2018).

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Código de ética médica**: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009 (versão de bolso). Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução n. 1.617/2001**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1617_2001.htm (acesso em 20/01/2019).

BRASIL. Senado Federal. **PEC nº 19, de 2010**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97622> (acesso em 21/12/2018).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3510**. Voto do Ministro Carlos Britto.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3510**. Voto do Ministro Marco Aurélio.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.581/DF**. Parecer da Procuradoria-Geral da República.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54/DF**. Voto do Ministro Marco Aurélio.

BROOME, J. Goodness is reducible to betterness: The evil of death is the value of life. In: BROOME, J. **Ethics out of economics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993, p. 162-173. https://doi.org/10.1007/978-3-642-78584-9_4

BUCHANAN, Allen. Et. al. **From chance to choice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

BURGOS, Osvaldo R. **Daños al proyecto de vida**. Buenos Aires: Astrea, 2012.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CALADO, Vinicius de Negreiros. **Responsabilidade civil do médico e consentimento informado**: um estudo interdisciplinar dos julgados do STJ. Curitiba: Juruá, 2014.

CALIFORNIA. Court of Appeals of California. **Curlender v. Bio-sicence Laboratories**, Civ. No. 58192. Court of Appeals of California, Second Appellate District, Division One. June 11, 1980. Disponível em: <http://www.lawlink.com/research/CaseLevel3/56757> (acesso em 21/02/2018).

CALIFORNIA. California Civil Code. Disponível em: <http://law.onecle.com/california/civil/43.6.html> (acesso em 21/02/2018).

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. Antônio Manuel da Rocha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CANELLOPOULOU, Botis Maria. Wrongful birth and Wrongful life actions. **European Journal of Health Law**, 11: 55-59, 2004. <https://doi.org/10.1163/157180904323042344>

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **'Brancosos' e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CANTO, Rodrigo Eidelwein do. **A vulnerabilidade dos consumidores no comércio eletrônico: reconstrução da confiança na atualização do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2015.

CANZI, Claretta. **Il danno esistenziale**. Disponível em <http://www.uilpadirigentiministeriali.com/Documentazione/Articoli,%20interventi,%20contributi/2009/giugno%202009/18-6-2009/II%20danno%20esistenziale%20di%20Claretta%20Canzi.doc> (acesso em 02/12/2018).

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

CARVALHO NETO, Inácio de; FUGIE, Érika Harumi. **Novo Código Civil Comparado e Comentado**, v. 1. Curitiba: Juruá, 2002.

CASAGRANDE, Cledes Antonio; CASAGRANDE, Euclides Fábio. A ética discursiva e o caráter procedimental do discurso prático em Habermas. **Conjectura**, v. 16, n.3, set;/dez. 2011.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Entre o legislador, a sociedade, e o juiz ou entre sistema, função e problema – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. V. LXXIV, 1998. Coimbra: Coimbra.

CASTRO, João Monteiro. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Método, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CHAN, C. K. Eugenics on the Rise: A Report from Singapore. In: CHADWICK, Ruth F. **Ethics, Reproduction and Genetic Control**. London: Routledge, 1994.

CHARLES, Patrick J. Restoring “life, liberty, and pursuit of happiness” in our constitutional jurisprudence: na exercise in legal history. **William & Mary Bill of Rights Journal**. Vol. 20, n. 2, p. 456-532.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000.

COSTA, Marli M. M. da. O espaço local e a concretização da cidadania através da implementação de políticas públicas de proteção à infância. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL: Mônia Clarissa Hennig (Orgs.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira *et al.* **Instituições de direito médico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CUNHA, D Jason B. Della. **Crise do direito e regulação jurídica nos estados constitucionais periféricos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. Adriano Vera Jardim e António Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DELGADO, Rodrigo Mendes. **O valor do dano moral**. São Paulo: Mizuno, 2004.

DEUMIER, Pascale; REVET, Thierry. Ordem pública (verbete). In: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. **Dicionário da cultura jurídica**. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DEUTSCHLAND. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Trad. Assis Mendonça. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf> (acesso em 21/12/2018)..

DICKENS, Bernard. Wrongful Birth and Life, Wrongful Death before Birth, and Wrongful Law. In: **Legal Issues in Human Reproduction**. Singapore: Aldershot, 1989.

- DIEZ-PICAZO, Luis. **Derecho de Danos**. Madrid: Civitas, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 1. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DOLGIN, Janet L.; SHEPHERD, Lois L. **Bioethics and the Law**. 2. ed. Austin: Aspen Publishers, Wolters Kluwer, 2009.
- DURKHEIM, Émile. **Educação moral**. In: Educação, Sociologia e Moral. Lisboa: Res, 2001.
- DURKHEIM, Émile. L'Enseignement de la Morale à l'École Primaire. **Revue Française de Sociologie**, XXXIII, 1992.
- DUTE, J. C. J.; NYS, H. F. L. A wrongful existence in the Netherlands. **Journal of Medical Ethics**, 30, 2004.
- DWORKIN, Ronald. Playing God: Genes, Clones and Luck. In: DWORKIN, Ronald. **Sovereign Virtue**. Cambridge: Harvard University Press, 2000.
- EDWARDS, S. D. Prevention of disability on grounds of suffering. **Journal of Medical Ethics** 2001;27:380-382. <https://doi.org/10.1136/jme.27.6.380>
- ENGELHARD, Tristram H. **The foundations of Bioethics**. Oxford: Oxford University Press, 1986.
- ENGLARD, Izhak. **The philosophy of tort law**. Dartmouth: Aldershot, 1993.
- ESPAÑA. **Constitución española**. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf> (acesso em 21/12/2018).
- ESTADO DE SÃO PAULO. **STJ obriga Schering a pagar indenização por 'pílulas de farinha'**. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,stj-obriga-schering-a-pagar-indenizacao-por-pilulas-de-farinha,144954> (acesso em 02/12/2018).
- EVGENIA, Smyrnaki. Wrongful life and birth. **Medicine and law**, March, 2012 volume 31 issue 1, pp 97 -118.
- FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: RT, 2002.
- FABRE-MAGNAN, Muriel. **Les obligations**. Paris: PUF, 2004.
- FABRIZ, Daury César. **Bioética e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil**: sentidos, transformações e fins. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FALCÓN Y TELLA, María José. **Lições de teoria geral do direito**. Trad. Cláudia de Miranda Avena e Ernani de Paula Contipelli. São Paulo: RT, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**, v. 1. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002.

FISCHER, Hans. **A reparação dos danos no direito civil**. trad. Antonio de Arruda Ferrer Correia. Coimbra: Armênio Amado, 1938.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FRANCE. **Code Civil**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721> (acesso em 26/12/2018).

FRANCE. Cour de cassation, Assemblée plénière, **Audience publique du Friday 17 November 2000 n° de pourvoi: 99-13701**. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007041543&fastReqId=1582000417&fastPos=1> (acesso em 21/02/2018).

FRANCE. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789> (acesso em 19/12/2018).

FRANCE. **Proposition de Loi n, 2806, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 13 décembre 2000**. Disponível em: <http://www.assemblee-nat.fr/propositions/pion2806.asp> (acesso em 03/12/2018).

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FREUD, Sigmund. O ego e o id. In: FREUD, Sigmund. **Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud**. Trad. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1969.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo**. Curitiba: Juruá, 2011.

- GALGANO, Francesco. **Diritto Civile e commerciale, volume primo**: le categorie generali, le persone, la proprietà. 2. ed. Padova: CEDAM, 1993.
- GALGANO, Francesco. **Diritto Privato**. Padova: CEDAM, 2006.
- GALLO, Paolo. **Pene private e responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 1991.
- GARCEZ NETO, Martinho. **Prática da responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.
- GAVAZZI, Giacomo. **Elementi di teoria del diritto**. Torino: G. Giappichelli, 1986.
- GIESEN, Ivo (2012). The Use and Influence of Comparative Law in 'Wrongful Life' Cases. **Utrecht Law Review**. 8(2), pp.35–54. DOI: <http://doi.org/10.18352/ulr.194> (acesso em 08 de maio de 2017). <https://doi.org/10.18352/ulr.194>
- GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.
- GIUFFRÈ, Felice. I doveri di solidarietà sociale. In: BALDUZZI, R. et. al. (coord). **I doveri costituzionali**: la prospettiva del giudice dele legge. Torino: G. Giappichelli, 2007.
- GOMES, Orlando. **Código Civil**: Projeto Orlando Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- GOMES, Orlando. Tendências modernas na Teoria da Responsabilidade Civil. In: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco. **Estudos em Homenagem ao Professor Silvio Rodrigues**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- GONZÁLEZ, José Alberto. **Wrongful birth wrongful life**. O conceito de dano em responsabilidade civil. Lisboa: Quid Juris, 2015.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milron Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. **Comentários à ética do discurso**. Trad. Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Piaget, 1991.

- HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989.
- HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**: a caminho de uma eugenia liberal? Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. **The future of human nature**. Oxford: Polity Press, 2003.
- HANSER, M. **Harming and procreating. Harming future persons**. New York City: Springer, 2009.
- HARRIS, John. **Wonderwoman and Superman**. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- HARRIS, John. **Clones, genes and immortality**. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- HARRIS, John. Is there a coherent social conception of disability? **Journal of Medical Ethics**, 2000, v. 26, p. 95-100. <https://doi.org/10.1136/jme.26.2.95>
- HATTENHAUER, Hans. **Conceptos fundamentales del derecho civil**. Trad. G. Hernández. Barcelona: Ariel, 1987.
- HITLER, Adolf. **Mein Kampf**, v. 1. Trad. Ralph Manheim. Boston: Houghton Mifflin, 1943.
- HOPPE, Hans-Hermann. **Uma teoria do socialismo e do capitalismo**. Trad. Bruno Garschagen. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013.
- ISMAEL, J. C. **O médico e o paciente**: breve história de uma relação complicada. São Paulo: T. A. Queiroz, 2002.
- ITALIA. **Codice civile**. Disponível em: <https://www.studiocataldi.it/codicecivile/codice-civile.pdf> (acesso em 26/12/2018).
- ITALIA. **Codice penale**. Disponível em: <http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-penale> (acesso em 02/12/2018).
- ITALIA. Senato della Repubblica. **Costituzione Italiana. Edizione in lingua portoghese**. Disponível em: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf (acesso em 02/12/2018).
- ITURRASPE, Jorge Mosset. **Cómo contratar en una economía de mercado**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Contratos conexos**: grupos y redes de contratos. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1999.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Derecho civil constitucional**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidad de los profesionales**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2001.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada**: conflitos entre Direitos da Personalidade. São Paulo: RT, 2000

JACOBS, Benjamin Meir. Is there a moral obligation to select healthy children? **Journal of Medical Ethics** 2015;41:696-700.
<https://doi.org/10.1136/medethics-2014-102400>

JERRAM, Christopher. Child rearing expenses as a compensable damage in a wrongful conception case: *Burke vs. Rivo*. **Creighton Law Review**, vol. 24, 1991.

KAMM, F. M. **Creation and abortion**. New York: Oxford University Press, 1992.

KANT, Immanuel. **Principios metafísicos del derecho**. Trad. G. Lizarraga. Madri: Suarez, 1873.

KEVLES, Daniel J. **In the name of eugenics**. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: RT, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 7.ed. São Paulo: RT, 2010.

KHATIB, Milagros Koteich. **La dispersión del daño extrapatrimonial em Italia: dano biológico vs. “dano existencial”**. Disponível em: http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/koteich_dispersion.pdf (Acesso em 27/12/2018).

KIDNER, R. **Casebook on Torts**. 9. ed. Oxford: Clarendon Press, 1984.

KIM, Hyunseop. The uncomfortable truth about wrongful life cases. **Philosophical studies**. July 2013, Volume 164, Issue 3, pp 623–641.

KLASS, Gregory. Efficient breach. In: KLASS, Gregory; LETSAS, George; SAPRAI, Prince. **The Philosophical Foundations of Contract Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 99/2015. p. 101-123, Maio – Jun, 2015.

LARENZ, Karl. **Derecho civil**: parte general. Trad. Miguel Izquierdo e Macias-Picavea. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978.

LARENZ, Karl, **Derecho de Obligaciones**, t. I. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.

LIVES Worth living. Dir. Eric Neudel. Sotylone Motion Pictures, 2011 (60 min).

LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade pós-moralista**: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. Trad. Armando Braio Ara. Barueri: Manole, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Direito Civil. **Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOCKE, John. **The Second Treatise of Government**. Disponível em: <https://earlymoderntexts.com/assets/pdfs/locke1689a.pdf> (acesso em 26/12/2018)

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos do direito privado**. trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Trad. Bruno Miragem. 2 ed. São Paulo: RT, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoría general del contrato y de los servicios**: una teoría sistémica del contrato. Contratos de servicios a los consumidores. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005.

LOTUFO, Renan. **Código civil comentado**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Baye. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1993.

MACHADO, Hélder. **Ciência & Humanismo**: novo paradigma da relação médico-paciente. Coimbra: Almedina, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 1993.

MARKESINIS, Basil; DEAKIN, Simon; JOHNSTON, Angus. **Markesinis and Deakin's Tort Law**. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In: **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: RT, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. São Paulo: RT, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos de time-sharing e proteção do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, nº 22.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: RT, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. Da qualidade dos produtos e serviços, da prevenção e reparação de danos. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo de fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, v. 51, jul./set. 2004, p. 34-67.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Contratos existenciais e Intangibilidade da Pessoa Humana na Órbita Privada: Homenagem ao Pensamento Imortal de Antônio Junqueira de Azevedo. In: MARTINS, Fernando Rodrigues. **Direito privado e policontextualidade**. Fontes, Fundamentos e Emancipação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 301-344.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Direitos Humanos (e fundamentais) e Relações Jurídicas Privadas. In: MARTINS, Fernando Rodrigues. **Direito privado e policontextualidade**. Fontes, Fundamentos e Emancipação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 277-298.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transversal e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação. In: MARTINS, Fernando Rodrigues. **Direito privado e policontextualidade**. Fontes, Fundamentos e Emancipação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 227-275.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Os lugares do direito do consumidor na pauta humanitária: em busca do modelo nomo-global de proteção aos vulneráveis. **Direito privado e policontextualidade**. Fontes, Fundamentos e Emancipação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 141-180.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Superendividamento e a necessidade de proteger o consumidor dele mesmo**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/superendividamento-e-a-necessidade-de-protger-o-consumidor-dele-mesmo/6323> (acesso em 10/12/2018).

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos de consumo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MAULARIE, Phillipe. **L’ordre public et le contrat**: les contrats contraires à l’ordre public. Paris: Matot-Braine, 1953.

MAYNEZ, Eduardo García. **Filosofía del derecho**. Ciudad de México: Porrúa, 1974.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. **Leçons de droit civil**. Obligations. Théorie générale, tomo II, v. 1. 8. ed. Paris: Montchrestien, 1991.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual**, v. 2. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Europa-América, 1961.

MAZZARDO, Luciane de Freitas; SCHWINN, Simon Andrea. O agir comunicativo: a ética discursiva de Jürgen Habermas enquanto pressuposto da cidadania. In: **Anais do XII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/13155/2344> (acesso em 01 dez. 2018).

MCMAHAN, J. Preventing the existence of people with disabilities. In: WASSERMAN, D. *et. al.*(orgs.). **Quality of life and human difference**: genetic testing, health care, and disability. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 142-171. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511614590.007>

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2005.

- MELO, Raimundo Simão. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**. São Paulo: LTr, 2004.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de; MARTINS, Rogério. O direito à busca da felicidade: filosofia, biologia e cultura. **Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 18., n. 3, p. 474-491.
- MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.
- MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Tratado de direito civil português**. Parte Geral. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2007.
- MERANI, Alberto. **Estrutura e dialética da personalidade**. Trad. Seabra Dinis e Azevedo Mota. Lisboa: Seara Nova, 1976.
- MILL, Stuart. **On Liberty**, second edition. London: John W. Parker and Son, 1859.
- MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: RT, 2014.
- MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: RT, 2016.
- MONATERI, Pier Giuseppe. **Manuale Della Responsabilità Civile**. Torino: UTET, 2001.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**, v.1. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MONTENEGRO, Antonio Lindbergh. **Ressarcimento de danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- MOREIRA, Rodrigo Pereira. **Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: caminhos para a proteção e promoção da pessoa humana**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2005.

MŪRĪITHI, Paul Mūtuanyingĩ. Does the rejection of wrongful life claims rely on a conceptual error? **Journal of Medical Ethics** 2011;37:433-436.

<https://doi.org/10.1136/jme.2010.042051>

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**. Coimbra: Coimbra, 2007.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. **Revista de Direito do Consumidor**, volume 76, p. 13-45.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

NYS, H. F. L.; DUTE, J. C. J. A wrongful existence in the Netherlands. **Journal of Medical Ethics**, 2004, v. 30, p. 393-394. <https://doi.org/10.1136/jme.2003.005215>

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos do homem**. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html (acesso em 10/12/2018).

ORTEGA Y GASSET, José. **¿Qué es filosofía?** 4. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1965.

OTERO, Paulo. **Direito constitucional português, v. 1**. Coimbra: Almedina, 2010.

PADOVANI, Tullio. Lectio brevis sulla sanzione. In: BUSNELLI, Francesco; SCALFI, Gianguido (Org.). **Le pene private**. Milano: Giuffrè, 1985.

PARFIT, Derek. **Reasons and Persons**. Oxford: Clarendon Press, 1984.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de Direito Civil**. Coimbra: Coimbra, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.) **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso nacional de Direito Civil**. Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**: uma introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PERLINGIERI, Pietro; FERMIA, Pasquale. **Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile**. 2. ed. Napoli: Edizione Scientifiche italiane, 2004.

PERVIN, Lawrence A. **Theory, Assesment and Researche**. New York: Willey, s. d.

PIATANIDA, Luis E. El Médico y la Sociedad. In: GHERSI, Carlos A. (Org.). **Derecho de los Pacientes al Servicio de Salud**: contrato y responsabilidad médica. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PIÑON, Benjamín Pablo. El orden público em la Constitución, em la ley y em el derecho. In: ALEGRIA, Héctor; ITURRASPE, Jorge Mosset (coord.). **Orden público y buenas costumbres**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado, t. II**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

PORTUGAL. **Código Civil**. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/477358/details/normal?l=1> (acesso em 20/12/2018).

PORTUGAL, Carlos Giovanni Pinto. **Responsabilidade civil por dano ao projeto de vida**. Direito civil contemporâneo e os danos imateriais. Curitiba: Juruá, 2016.

PROSSER, William; WADE, John; SCHWARTZ, Victor. **Torts**: cases and materials. 7. ed. New York: Fundation Press, 1982.

QUÉBEC. **Code Civil du Québec**. Disponível em: <http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/showdoc/cs/CCQ-1991> (acesso em 22/01/2019).

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **O dever de informar dos médicos e o consentimento informado**. 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2009.

RAPOSO, Vera Lúcia. **As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica**. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/4210> (acesso em 24 jan. 2015).

RECK, Janriê Rodrigues. **Aspectos teórico-constitutivos de uma gestão pública compartilhada: o uso da proposição Habermasiana da ação comunicativa na definição e execução compartilhada do interesse público**. 2006. 320f. Dissertação de mestrado. Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2006.

REIS, Iuri Ribeiro Novais dos. O princípio da vulnerabilidade como núcleo central do Código de Defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, vol. 956/2015, p. 89 - 114, Jun, 2015.

RIBEIRO, Gabriel Francisco. Contra Uber, empresas de ônibus passam a notificar cidades; SP vai analisar. **UOL**. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/tecnologia/noticias/redacao/2018/12/12/empresas-de-onibus-passam-a-notificar-cidades-contra-uber-sp-vai-analisar.htm?cmpid=copiaecola> (acesso em 12/12/2018).

RIZZARDO, Arnaldo. **Parte Geral do Código Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ROBLES, Gregorio. **Los derechos fundamentales y la ética em la sociedade actual**. Madrid: Civitas, 1997.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Vida Digna: Direito, Ética e Ciência. In: **O Direito à Vida Digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

RODOTÀ, Stefano. **Il problema dela responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 1967.

RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**. Coimbra: Coimbra, 2001

ROPPO, Vincenzo. **Diritto Privato**. Torino: Giappichelli, 2010.

ROSENBLAT, Alex. **Uberland**. How Algorithms Are Rewriting the Rules of Work. Berkeley: University of California Press, 2018.

ROSENVALD, Nelson. **Funções da responsabilidade civil**. A reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013.

SANDEL, Michael J. **Contra a perfeição**. Ética na era da engenharia genética. Trad. Ana Carolina Mesquita. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

SANDEL, Michael J. **Justiça**. O que é fazer a coisa certa. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 21. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTANA, Danilo Borges. Dano à Saúde – Direito do paciente à verdade. **Revista do CAAP**. Belo Horizonte: 1999, n. 6, ano IV, p. 199-221.

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **Direitos fundamentais atípicos**: uma análise da cláusula de abertura do §2º, do art. 5º, da CF/88. Salvador: Juspodivm, 2017.

SAVATER, Fernando. **Ética como amor próprio**. Trad. E. Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Le obbligazioni**. Trad. Giovanni Pacchioni. Torino: Torinese, 1912.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade Civil do Médico & Erro de Diagnóstico**. 11ª reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

SCHMITT, Cristiano Heinick. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. **Revista de Direito do Consumidor**, volume 70, p. 139.

SCHUSTER, W. Ryan. Rights gone wrong: a case against wrongful life. **William and Mary law review** Year 2016, vol 57, issue 6 pg:2329.

SEGADO, Francisco Fernandez. **El sistema constitucional español**. Madrid: Dykinson, 1997.

SEM, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SESSAREGO, Carlos Fernandez. Apuntes acerca del daño a la persona. In: BORDA, Guillermo A. (Org.) **La persona humana**. Buenos Aires: La Ley, 2001. Disponível em http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_4.PDF (acesso em 27/12/2018).

SESSAREGO, Carlos Fernandes. **Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”**. Disponível em: <http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF> (acesso em 27/12/2018)

SESSAREGO, Carlos Fernández. Hacia una nueva sistematización del daño a la persona. **Revista de Direito Civil**, n. 75.

SESSAREGO, Carlos Fernandez. Protección a la persona humana. *Ajuris*. **Revista da Associação dos Juizes de Direito do Rio Grande do Sul**, n. 56, 1.992, nov.

SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

SHARMA, B. R.; GUPTA, N.; RELHAN, N. Misuse of prenatal diagnostic technology for sex-selected abortions and its consequences in India. **Journal of**

the Royal Insitute of Public Health, v. 121, 2007, p. 854-860.
<https://doi.org/10.1016/j.puhe.2007.03.004>

SHIFFRIN, Seana Valentine. Wrongful Life, procreative responsibility and the significance of harm. **Legal Theory**, v. 5, 1999, p. 117-148.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2007.

SIMÓN, Pablo. **El consentimiento informado**. Madrid: Triacastela, 2000.

SMITH-GROF, Melissa. Wrongful conception: when an unplanned child has a birth defect., who should pay the cost. **Missouri Law Review**, vol. 61, issue I, 1996, article 10.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: novos paradigmas em face da globalização. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SOTTO, Débora. O dever de informar do médico e o consentimento informado do paciente. Medidas preventivas a responsabilização pela falta ou deficiência de informação. **J Vasc Br**, vol. 2, n. 3. 2003.

SOUZA, Neri Tadeu Câmara. Erro médico e consentimento informado. **Revista Jurídica Empresarial**, vol. 1, n. 3. p. 77-87. Porto Alegre: jul.-ago. 2008.

SÕRITSA, Dina; LAHE, Janno. The possibility of compensation for damages in cases of wrongful conception, wrongful birth and wrongful life. An Estonian perspective. **European journal of health law**, 2014, vol. 21, issue 2, pp. 141-160.

STAJN, Rachel. Direito e Incertezas da Biotecnologia: custo social das pesquisas. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: 2000, n. 119, p. 34-51, jul./set.

STANCIOLI, Brunello Souza. **Relação jurídica médico-paciente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

STEINBOCK, B. The logical case for "Wrongful life". **Hastings Cent Rep**, 1986, p. 15-20. <https://doi.org/10.2307/3563085>

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. 5. ed. São Paulo: Método, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 237-250.

TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. In TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**, Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. O Direito Civil-Constitucional e suas perspectivas atuais. In TEPEDINO, Gustavo (Org.) **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso nacional de Direito Civil. Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento Civil-Constitucional brasileiro. In TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4^a Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TERRA. **Descubra quais as 7 profissões mais bem pagas**. Disponível em: <https://noticias.terra.com.br/educacao/descubra-quais-as-7-profissoes-mais-bem-pagas,978effd58ca09e67187eabfeb97d32f2k86ahmoa.html> (acesso em 22/01/2019).

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. A jurisprudência dos valores. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

UNITED STATES OF AMERICA. **The Declaration of Independence**. Disponível em: <http://www.ushistory.org/declaration/document/> (acesso em 21/12/2018). Versão em português disponível em: http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/DECLARA%C3%87%C3%83O%20DE%20INDEPENDENCIA%20DOS%20EU A%20-04%20de%20julho%20de%201776%20-%20PORTUGU%C3%8AS.pdf (acesso em 21/12/2018).

VASCONCELOS, Pedro. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

VELLEMAN, D. Persons in prospect: III. Love and non-existence. **Philosophy & Public Affairs** 36 (3), 2008, p. 266-288. https://doi.org/10.1111/j.1088-4963.2008.00139_3.x

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**, v.1. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VUJICIC, Nick. **Uma vida sem limites**. Inspiração para uma vida absurdamente boa. Ribeirão Preto: Novo Conceito, 2011.

WEISS, Raquel Andrade. Indivíduo, razão e moral: uma análise comparativa de Habermas e Durkheim. **Revista Plural**. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/plural/article/viewFile/75674/79226> (acesso em 23 set. 2015).

WILLIAMS, Jeremy. Wrongful life and abortion. **Res Publica**, December 2010, Volume 16, Issue 4, pp 351–366.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4. ed. São Paulo: RT, 2003.

YUNGANO, Arturo Ricardo. **Responsabilidad profesional de los médicos**: cuestiones civiles, penales, médico-legales y deontológicas. Buenos Aires: Universidad, 1992.

ZIVIZ, Patrizia. **La tutela risarcitoria della persona**. Danno morale e danno esistenziale. Milano: Giuffrè, 1999.

ZOPPINI, Andrea. **La pena contratuale**. Milano: Giuffrè, 1991.

ZWEITGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **An Introduction to Comparative Law**. Trad. Tony Weir. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.