



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA

LORENA MONTEIRO DUTRA

**RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CASOS DE FALHA NO DIAGNÓSTICO
GENÉTICO PRÉ-IMPLANTATÓRIO: UM CASO DE *WRONGFUL BIRTH***

JOÃO PESSOA
2020

LORENA MONTEIRO DUTRA

**RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CASOS DE FALHA NO DIAGNÓSTICO
GENÉTICO PRÉ-IMPLANTATÓRIO: UM CASO DE *WRONGFUL BIRTH***

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Ms.^a Caroline Sátiro de Holanda

**JOÃO PESSOA
2020**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

D975r Dutra, Lorena Monteiro.

Responsabilidade Civil nos casos de falha no diagnóstico genético pré-implantatório: um caso de Wrongful Birth / Lorena Monteiro Dutra.- João Pessoa, 2020.

86 f.

Orientação: Caroline Sátiro de HOLANDA.

Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. DGPI. 2. Aconselhamento genético. 3. Wrongful birth action. 4. Responsabilidade civil médica. 5. Liberdade reprodutiva. I. HOLANDA, Caroline Sátiro de. II. Título.

UFPB/CCJ

LORENA MONTEIRO DUTRA

**RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CASOS DE FALHA NO DIAGNÓSTICO
GENÉTICO PRÉ-IMPLANTATÓRIO: UM CASO DE *WRONGFUL BIRTH***

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Ms.^a Caroline Sátiro de Holanda

DATA DA APROVAÇÃO: 18/03/2020

BANCA EXAMINADORA:

Prof.^a Ms.^a CAROLINE SÁTIRO DE HOLANDA
(ORIENTADORA)

Prof. Ms. ADAUMIRTON DIAS LOURENÇO
(AVALIADOR)

Prof.^a Dr.^a RAQUEL MORAES DE LIMA
(AVALIADOR)

A minha irmã, cujo incentivo e apoio constantes
tornaram possível a conclusão deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

A Deus, primeiro de tudo, por dar-me força e perseverança para concluir esta etapa da minha formação acadêmica.

A meu pai pelo esforço investido na minha educação e a minha mãe, por amar-me sem reservas e pelos valiosos ensinamentos.

A minha madrinha Sandra, pelo apoio incondicional demonstrado ao longo de toda a vida. A meu padrinho Júnior, por quem tenho profunda admiração, por fazer-se presente sempre que é preciso. Aos meus demais tios(as), pela torcida incansável, sobretudo, a minha tia Yanna, pelo carinho especial que sempre teve comigo.

A meu irmão Dasaiev, por servir-me de exemplo a ser seguido. A minha irmã Larissa, por estar ao meu lado a todo momento, incentivando o meu esforço e torcendo pelo meu sucesso. A minha avó, por acreditar incondicionalmente no meu potencial.

A minha amiga Isabelle, pela fiel parceria desenvolvida ao longo dos anos. A meu amigo Douglas, por entender os percalços que o curso apresenta e por demonstrar, diariamente, a sua compreensão. A minha amiga Larissa Sencades, por permitir-me desabafar sobre as adversidades enfrentadas durante o curso e por dar-me conforto. A minha amiga Vitória, pelas incontáveis sugestões e indicações acadêmicas e pelo auxílio prestado especialmente nesse último ano de curso. Às amizades especiais desenvolvidas durante toda a graduação, sobretudo aquelas firmadas com Ana Rafaela, Bárbara, Camila, Julianna e Mariana. A todos os demais amigos que, mesmo distantes, sempre se fizeram presentes em minha jornada acadêmica.

À professora Ana Adelaide, pelo carinhoso apoio fornecido durante a graduação e pela constante confiança depositada na minha capacidade de prosperar. À professora Giorggia, cujos conselhos foram essenciais para a conclusão deste trabalho. Ao professor Filipe, pelo apoio demonstrado durante o desenvolvimento da pesquisa. A minha orientadora, pela dedicação, disponibilidade e paciência, de singular importância na feitura deste trabalho.

Às pessoas que conheci através das oportunidades de estágio, por terem auxiliado na construção do meu conhecimento e da minha experiência profissional. Finalmente, agradeço a este curso de Direito, que representou um marco inestimável de conhecimento em minha vida.

“Conheça sua própria felicidade, basta ter paciência
– ou dê-lhe um nome mais fascinante, chame-a de
esperança”. (Jane Austen)

RESUMO

A pesquisa situa-se no campo do Direito Civil, interligando-se à Bioética. A necessidade de prevenir o desenvolvimento ou a transmissão de enfermidades de ordem genética na prole futura motivou uma série de avanços da tecnologia na medicina reprodutiva, tornando possível valer-se da procriação artificial para selecionar um embrião “saudável”, o que é viabilizado através do Diagnóstico Genético Pré-Implantatório (DGPI). A realização desse exame requer uma atuação diligente do(a) geneticista, porquanto os(as) pacientes esperam receber uma informação precisa e acertada sobre o diagnóstico dos embriões submetidos ao procedimento. Há, todavia, a possibilidade de interpretação incorreta pelo(a) médico(a) dos resultados obtidos com a realização do DGPI, sobrevivendo um diagnóstico falso-negativo da doença, ou, ainda, a possibilidade de que o diagnóstico obtido não seja informado aos pais. Tal situação pode impedir que estes disponham de informação relevante para decidir livremente sobre o destino dos embriões, resultando na implantação indevida de um embrião que possua doença cujo desenvolvimento se buscava evitar. O problema, pois, reside na questão da admissibilidade da *wrongful birth action* – demanda de responsabilidade civil médica por defeito no aconselhamento genético pré-natal, que resulte na perda da chance de abortar feto com determinada anomalia genética – à luz do regime da responsabilidade civil nacional, na hipótese em que o referido defeito esteja inserido no âmbito do DGPI. Dessa forma, o objetivo geral do trabalho consiste em averiguar a (ir)responsabilidade civil do(a) médico(a) diante de falha cometida no seio do DGPI, da qual decorra a perda da chance de exercer uma escolha reprodutiva informada sobre o destino dos embriões, dando causa ao nascimento indevido de filho não “saudável”. Lida-se com um novo dilema jurídico de caráter complexo e ainda pouco discutido pela comunidade científica nacional, o que respalda a relevância do estudo realizado no sentido de determinar a viabilidade em atualizar a doutrina da *wrongful birth action* no Brasil. No que tange à metodologia empregada, ressalte-se que o método de abordagem é hipotético-dedutivo e a abordagem é qualitativa, tendo sido analisados preceitos legais, assentos jurisprudenciais e cânones doutrinários já sedimentados sobre o assunto, pelo que procede-se a uma pesquisa bibliográfica, adotando-se a técnica de documentação indireta para a coleta de dados. A partir da investigação procedida, os resultados obtidos foram: a possibilidade de emprego da *wrongful birth action* nos casos envolvendo a feitura do DGPI, quando restar frustrado o objetivo dos(as) pacientes de evitar a implantação de embrião não “saudável” no útero da mulher, devido à anulação da oportunidade de exercer a sua liberdade reprodutiva (perda de uma chance); a constatação de que existe verdadeira obrigação de resultado contratualmente assumida (dever de apresentar informações seguras e precisas sobre a condição genética dos embriões examinados) e a verificação de que restariam preenchidos os pressupostos para responsabilização civil do(a) médico(a) nessa hipótese (conduta humana voluntária, culpa, nexo causal, ilicitude e dano), competindo-lhe indenizar os danos materiais, pelos gastos normalmente vinculados à criação de um filho, e morais, diante da violação à liberdade reprodutiva dos pais. Conclui-se pela aceitabilidade jurídica plena da *wrongful birth action* no Brasil, no caso estudado.

Palavras-chave: DGPI. Aconselhamento genético. Wrongful birth action. Responsabilidade civil médica. Liberdade reprodutiva.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AG	ACONSELHAMENTO GENÉTICO
BRCA1	<i>BREAST CANCER TYPE 1</i>
BRCA2	<i>BREAST CANCER TYPE 2</i>
CFTR	<i>CYSTIC FIBROSIS TRANSMEMBRANE REGULATOR</i>
CFM	CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA
DGPI	DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTATÓRIO
DGPN	DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-NATAL
DNA	ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO
ICSI	INJEÇÃO INTRACITOPLASMÁTICA DE ESPERMATOZOIDE
FIV	FERTILIZAÇÃO <i>IN VITRO</i>
HUGO	PROJETO GENOMA HUMANO
RMA	REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA
TJMJ	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	COMPREENDENDO OS ASPECTOS MÉDICO-CIENTÍFICOS DO ACONSELHAMENTO GENÉTICO E DO DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTATÓRIO.....	15
2.1	ACONSELHAMENTO GENÉTICO.....	15
2.2	AS PRINCIPAIS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA..	18
2.3	O CONSENTIMENTO INFORMADO E O RESPEITO À AUTONOMIA DO(A) PACIENTE.....	22
2.4	O CONSENTIMENTO INFORMADO NO ÂMBITO DO AG E DA REALIZAÇÃO DO DGPI	26
3	UMA ANÁLISE JURÍDICA DO DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTATÓRIO – UM CASO DE <i>WRONGFUL BIRTH ACTION</i>?	30
3.1	NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE.....	30
3.2	OBRIGAÇÃO DE MEIO X OBRIGAÇÃO DE RESULTADO	32
3.3	O DGPI E AS <i>WRONGFUL ACTIONS</i>	36
3.4	A VIABILIDADE DA <i>WRONGFUL BIRTH ACTION</i> PARA OS CASOS DE FALHA DO DGPI	39
4	RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTATÓRIO: UM CASO DE <i>WRONGFUL BIRTH ACTION</i>.....	44
4.1	UMA BREVE ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL.....	44
4.2	OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL NA <i>WRONGFUL BIRTH ACTION</i>	47
4.2.1	Da conduta humana voluntária	47
4.2.2	Da culpa	48
4.2.3	Do nexo causal	49
4.2.4	Da ilicitude (dos direitos violados)	54
4.3	DO DANO.....	56
4.3.1	A devida compreensão do dano nos casos de <i>wrongful birth action</i>	56
4.3.2	Dos danos morais	58
4.3.3	Dos danos materiais	59

4.4	OUTROS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À RESPONSABILIDADE CIVIL POR <i>WRONGFUL BIRTH</i>	62
4.4.1	O argumento do valor inestimável da vida	63
4.4.2	O argumento do evento abençoado ou <i>blessing event</i>	64
4.4.3	A regra dos benefícios acidentais ou <i>benefit rule</i>	65
4.4.4	O argumento do dano psicológico ao(à) filho(a)	67
4.4.5	A regra das consequências evitáveis ou <i>damage mitigation</i>	69
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	71
	REFERÊNCIAS	75
	ANEXO A	85

1 INTRODUÇÃO

A crescente evolução das pesquisas científicas direcionadas a alcançar a solução para problemas de infertilidade impulsionou, na sociedade moderna, a extensão do processo reprodutivo para além da reprodução natural. Entrementes, as técnicas de Reprodução Medicamente Assistida (RMA), cujo surgimento é atribuído ao desenvolvimento da ciência, tiveram como propósito inicial auxiliar o casal na realização do seu projeto parental por intermédio da procriação artificial.

Entretanto, em razão do Projeto Genoma Humano (HUGO) e do mapeamento genético, tornou-se possível identificar e, com isso, prevenir o desenvolvimento de enfermidades de ordem genética na prole futura. Logo, hoje, é possível valer-se da procriação artificial para fins de seleção de um embrião “saudável”, notadamente nos casos em que se busca evitar a transmissão de determinadas doenças aos(às) futuros(as) filhos(as). Nesse sentido, atualmente, o Diagnóstico Genético Pré-Implantatório (DGPI) é o procedimento utilizado para avaliar o material genético dos embriões que serão implantados no útero materno – mediante as técnicas de fertilização *in vitro* (FIV) ou de injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI). O exame tem por finalidade rastrear os genes indicadores de doenças genéticas ou cromossômicas em embriões humanos decorrentes da RMA, viabilizando a transferência para a cavidade uterina apenas daqueles embriões considerados “viáveis” ou “saudáveis”.

Trata-se, ainda, de um exame que viabiliza o adequado aconselhamento genético dos futuros genitores, na medida em que culmina com o diagnóstico antecipado de doenças. Em seguida, de posse dos resultados, compete ao(à) médico(a) geneticista orientar e informar os(as) pacientes quanto aos riscos de gerar um(a) filho(a) com determinadas doenças genéticas ou cromossômicas, a fim de que possam optar, diante de toda a informação disponível, pelo curso de ação que desejam seguir. A determinação do risco futuro de doença baseada na identificação de alterações genéticas e cromossômicas é, portanto, o escopo desse exame, cuja utilização é considerada um avanço no campo da medicina preditiva.

Diante da possibilidade de realização de DGPI para fins de seleção de embrião humano “saudável”, algumas questões são levantadas: havendo falha no diagnóstico, sobrevivendo o nascimento indevido de filho(a) não “saudável”, haverá a responsabilização do(a) profissional responsável pelo exame? Que tipo de danos decorrem de um erro de diagnóstico desse jaez?

O objetivo do presente trabalho é justamente analisar a possibilidade de responsabilização civil daquele(a) profissional em casos de falha no DGPI. E é no âmbito do descumprimento ou do cumprimento inadequado da sua atividade que se insere o cerne deste

trabalho: a chamada *wrongful birth action*, ajuizada em razão de um aconselhamento genético defeituoso. Chega-se, enfim, à problemática do presente artigo, qual seja a (in)admissibilidade da *wrongful birth action* à luz do regime da responsabilidade civil nacional, na hipótese em que a falha se insere no seio do DGPI, dando causa ao nascimento indevido de filho(a) com a exata doença que se buscava evitar com a realização do exame.

Para atingir o objetivo proposto, o trabalho estruturar-se-á em três capítulos, abordando-se, no primeiro deles, as principais técnicas de Reprodução Medicamente Assistida e a sua correspondente regulamentação no ordenamento jurídico pátrio, indicando-se também a conduta médica esperada, em seus aspectos éticos e obrigacionais, e os respectivos direitos dos pacientes que estão ligados às citadas técnicas. O escopo desse capítulo inicial é, ainda, tratar do funcionamento do DGPI e analisar suas implicações na relação estabelecida entre médico(a) e paciente, concentrando-se os esforços em contextualizar o surgimento desse procedimento e em destacar sua finalidade, utilidade prática e potenciais usuários. É nesse capítulo que se versará acerca do aconselhamento genético, apontando as suas fases e modalidades, e delimitando também o efeito prático do defeito na sua realização, designadamente no momento que antecede a implantação do embrião.

De outra banda, o segundo capítulo propõe-se a analisar a possibilidade de se considerar a atuação do(a) médico(a) ao realizar o DGPI como uma obrigação de resultado, da qual decorreria o dever de interpretar corretamente os resultados alcançados e de informar os pais sobre o diagnóstico obtido, cujo descumprimento importaria na consequente responsabilidade civil médica. Para tanto, avaliar-se-á a natureza da relação existente entre o(a) médico(a) e os(as) pacientes, com o intuito de determinar a respectiva natureza jurídica da eventual responsabilidade civil médica na hipótese levantada. Em seguida, o capítulo versará sobre a origem e a atualidade do tema em estudo, isto é, as *wrongful actions*, e sobre a sua correspondente definição, especificidade e fundamento jurídico, analisando-se, ainda, a viabilidade em atualizar a doutrina da *wrongful birth action* para que se admita, no sistema jurídico nacional, a reparação civil dos pais pelo nascimento indevido de filho(a) decorrente de falha no DGPI.

Constará, por sua vez, do terceiro capítulo o que se pretende discorrer acerca dos pressupostos imprescindíveis à responsabilidade civil no ordenamento jurídico nacional. A partir da análise individual de cada um desses pressupostos, buscar-se-á examinar o sistema de reparação civil brasileiro, no sentido de averiguar se esse sistema é capaz de abarcar a responsabilidade civil do(a) profissional da medicina, perante os genitores, pelo nascimento indevido de um(a) filho(a) em decorrência de falha no DGPI, que tenha acarretado a

implantação de embrião com a doença genética ou cromossômica que se buscava evitar. Por último, esse capítulo trará a síntese dos argumentos contrários à admissibilidade da *wrongful birth action*, ofertando a melhor resposta aos dilemas ético-jurídicos suscitados.

A natureza controversa de uma eventual demanda pelo nascimento indevido faz despertar, portanto, o interesse no deslinde da questão. Para além do interesse pessoal pela investigação realizada neste trabalho, sobretudo no que se refere à responsabilidade do(a) profissional por erro médico, a relevância social do tema transparece no fato de que é cada vez maior o contingente de casais que utilizam a RMA com a finalidade de seleção de um embrião “saudável”. Além disso, o tema é digno de observação mais detalhada em razão de que, apesar da acentuada procura pelo DGPI no país, a comunidade científica nacional pouco de debruça sobre as peculiaridades que gravitam em torno da sua realização. Logo, ainda é incipiente a interferência jurídico-normativa sobre a questão, cuja regulamentação resta quase que totalmente circunscrita à atividade dos Conselhos de Medicina.

Cumprе ressaltar que a presente pesquisa terá natureza teórica e eminentemente jurídico-dogmática, afinal, está destinada ao estudo da possibilidade de aplicação dos pressupostos da responsabilidade civil na resolução dos casos de falha durante a elaboração e divulgação do resultado obtido através do DGPI. O método científico de abordagem será o *hipotético-dedutivo*, através do qual as hipóteses previamente elaboradas serão testadas, no intuito de que sejam infirmadas ou confirmadas no decorrer da investigação, de modo a consolidar as premissas teóricas sob as quais a pesquisa será procedida.

Ademais, no que tange aos métodos de procedimento, manejar-se-á o método *histórico-evolutivo* para o estudo do fenômeno da reprodução humana assistida em suas particularidades; o método de *estudo comparativo* e a técnica de exegese, para a análise dos preceitos legais, assentos jurisprudenciais e cânones doutrinários já sedimentados no Brasil e em outros países sobre o assunto; e empregar-se-á o *método interpretativo*, a fim de analisar com propriedade as alternativas já apresentadas e apontar com segurança outras possibilidades de resolução do problema. Por sua vez, a técnica de coleta de dados há de consubstanciar-se na *documentação indireta*, a ser empregada durante a fase de conformação do referencial teórico, bem como durante a leitura e fichamento dos estudos depositados em bibliotecas gerais e setoriais de instituições públicas e privadas, em sítios virtuais e nos livros, periódicos, legislação e anais jurisprudenciais, examinados ao longo da investigação.

A pesquisa adotará, ainda, a *abordagem qualitativa*, na medida em que se preocupará com o necessário aprofundamento e compreensão do problema, e será do tipo *aplicada*, pelo que se almeja produzir conhecimento direcionado à solução de um problema específico, qual

seja, o deslinde da questão que circunda a responsabilidade civil pela atuação médica deficiente durante a realização do DGPI. Finalmente, aponta-se o caráter *exploratório* da pesquisa, que demanda o levantamento bibliográfico imprescindível à efetiva compreensão do problema.

Ante o exposto, pretende-se concluir o estudo com a análise da pretensão de *wrongful birth*, nomeadamente quanto à sua aplicabilidade e aceitabilidade jurídica no Brasil, bem como sobre as questões controversas que advêm da citada pretensão. Dessa forma, almeja-se prestar contribuição às digressões teóricas realizadas sobre o tema em análise e apresentar opções viáveis ao deslinde da questão.

2 COMPREENDENDO OS ASPECTOS MÉDICO-CIENTÍFICOS DO ACONSELHAMENTO GENÉTICO E DO DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTATÓRIO

As técnicas de Reprodução Medicamente Assistida (RMA)¹ surgiram para auxiliar as pessoas inférteis na procriação. Contudo, em razão do mapeamento genético desenvolvido com o Projeto Genoma Humano (HUGO) e da possibilidade de realização do exame chamado Diagnóstico Genético Pré-Implantatório (DGPI)², é possível valer-se da procriação artificial para fins de seleção de um embrião “saudável”, notadamente nos casos de histórico de doenças genéticas ou cromossômicas na família. Destarte, o presente capítulo analisará em que consiste o aconselhamento genético, bem como o funcionamento do Diagnóstico Genético Pré-Implantatório.

2.1 ACONSELHAMENTO GENÉTICO

O Aconselhamento Genético (AG), conforme o próprio nome sugere, constitui uma orientação médica, através da qual as pessoas recebem informações sobre a probabilidade de desenvolvimento ou de transmissão de doenças genéticas, bem como, no caso de já possuí-las, são orientadas acerca das consequências da doença, viabilizando uma melhor condição de vida (EMALDI-CIRIÓN, 2004). Essas orientações são fornecidas por médicos(as) geneticistas.

Esclarece-se que o termo “doença genética” é abrangente, referindo-se a toda e qualquer anormalidade presente no genoma humano. Um genoma humano saudável é aquele formado por vinte e três pares de cromossomos. Logo, o termo “doença genética” engloba as alterações cromossômicas, as monogênicas e/ou as poligênicas (AZCORRA, 2001). As cromossômicas decorrem de alterações estruturais ou numéricas nos cromossomos, a exemplo da Síndrome de Down, que constitui uma alteração no cromossomo de número vinte e um³. Já as alterações

¹ A nomenclatura “Reprodução Medicamente Assistida”, adotada por Pádua (2008), também pode ser representada pelos termos Reprodução Assistida (RA), utilizado pela Resolução n. 2.168/2017 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017), ou Procriação Medicamente Assistida (PMA), que encontra mais aceitação na doutrina lusitana. Para fins de uniformização do texto, será adotada neste trabalho apenas a primeira nomenclatura.

² Não obstante o referido exame também seja conhecido como Diagnóstico Genético Pré-Implantacional (GEBER, 2004), utiliza-se neste trabalho a nomenclatura Diagnóstico Genético Pré-Implantatório, adotada por Raposo (2014) e Souza (2014).

³ A alteração numérica manifesta-se pela variação na quantidade de cromossomos que existem no interior das células, configurando situações de trissomia ou monossomia. Nesse sentido, a Síndrome de Down é causada pela presença de um cromossomo extra no par de número vinte e um, totalizando a quantia de quarenta e sete cromossomos nas células do indivíduo, em vez de apresentar os tradicionais quarenta e seis cromossomos. Para mais informações, consulte-se a plataforma eletrônica do Movimento Down (O QUE..., 2014).

monogênicas são causadas por mutações nas sequências de DNA⁴ ou em um gene específico, como no caso da Fibrose Cística⁵. Por fim, as alterações poligênicas, a seu turno, decorrem da modificação conjunta em mais de um gene ou ainda da influência exercida por fatores ambientais, tal como ocorre com o câncer, por exemplo⁶.

Atualmente, em razão do Projeto Genoma Humano⁷, as pessoas podem contar com a possibilidade de realizar um mapeamento genético, visando ao diagnóstico precoce e a prevenção de diversas doenças de matiz genética. Esse processo é viabilizado através de exames genéticos⁸, tais como a análise de genoma humano, capazes de investigar e identificar alterações genéticas que confirmam a predisposição de o(a) paciente desenvolver certas doenças⁹. Sendo assim, cientes dessa predisposição, os(as) pacientes podem buscar o aconselhamento genético, especialmente quando temam o comprometimento da prole futura.

Então, pessoas que possuem casos graves de doenças genéticas, em si ou na família, podem e devem procurar um AG visando à saúde genética da futura prole. Nestes casos, o AG objetiva a “[...] concepção, gestação e nascimento de filhos desejados pelos genitores e livres de quaisquer doenças e deficiências [...]”, conforme leciona Souza (2014, p. 2). Trata-se, portanto, de um processo que envolve a realização de provas genéticas preditivas, cujo objetivo é fornecer, mediante a adequada investigação genética, o resultado sobre o risco de concepção, gestação e nascimento de filhos(as) com determinadas doenças genéticas ou cromossômicas. Outra situação em que se recomenda o AG voltado à saúde genética de futura prole diz respeito, por exemplo, às situações de perdas gestacionais. Nesses casos, as pessoas, quando possível, devem procurar um(a) geneticista para averiguar se a perda gestacional relacionou-se a alguma

⁴ A sigla DNA refere-se ao termo *ácido desoxirribonucleico* e será utilizada no presente trabalho.

⁵ A Fibrose Cística é uma doença genética ocasionada pela alteração no gene denominado *Cystic Fibrosis Transmembrane Regulator* (CFTR), gerando um desequilíbrio na concentração de cloro e sódio nas células responsáveis pela produção das secreções do corpo (O QUE..., 2016).

⁶ O câncer pode originar-se da interação entre fatores ambientais (tais como tabagismo e exposição solar) e genéticos, consubstanciando uma doença de ordem multifatorial (AS 10..., 2017).

⁷ Identificar os genes associados a certas doenças de grande incidência na população é uma tarefa empreendida pelo estudo multinacional conhecido como Projeto Genoma Humano. O projeto, criado em 1990 e em desenvolvimento até os dias atuais, tem por objetivo a identificação do genes humanos, no sentido de determinar as suas funções – processo chamado de mapeamento do genoma humano –, bem como a compreensão da base genética de diversas doenças (BRAZ; BARBOSA NETO, 2005). Para mais informações, cf. a plataforma eletrônica Algo Sobre (PROJETO..., 2018).

⁸ Um dos testes genéticos disponíveis atualmente é aquele que detecta a presença de mutações genéticas associadas à síndrome hereditária de câncer de mama ou de ovário, como decorrência de falhas nos genes conhecidos como *breast cancer type 1* (BRCA1) e *breast cancer type 2* (BRCA2), notadamente nos casos de histórico familiar que eleve os riscos de desenvolvimento daquela doença. O mencionado teste ganhou destaque quando a atriz Angelina Jolie decidiu submeter-se, em 2013, à mastectomia dupla (retirada das mamas) com o objetivo de reduzir o risco de desenvolver a doença, após a confirmação da mutação genética associada ao câncer de mama (CASTRO, 2016).

⁹ Para mais informações sobre os exames genéticos e o correspondente aprofundamento da matéria, consulte-se a plataforma Mundo dos Exames (EXAMES..., 2018).

doença genética, buscando, assim, identificá-la e, por conseguinte, evitar a reincidência em futuras gravidezes.

Essas provas, a depender da finalidade e do momento em que são realizadas, podem classificar-se em: *provas pré-conceptivas*, realizadas no(a) paciente antes da concepção, no intuito de comprovar os possíveis riscos de conceber um(a) filho(a) com enfermidades ou anomalias genéticas ou cromossômicas; *provas pré-implantatórias*, as quais pretendem destacar a probabilidade de os embriões *in vitro* portarem certas doenças genéticas ou alterações cromossômicas, antes mesmo de serem transferidos para o útero da mulher; e *provas pré-natais*, que comportam as ações pré-natais voltadas para o diagnóstico de um defeito congênito, assim entendido como toda anomalia no desenvolvimento morfológico, estrutural, funcional ou molecular, presente ao nascer, hereditária ou não, única ou múltipla (EMALDI-CIRIÓN, 2004).

O presente estudo centrar-se-á na utilização do aconselhamento genético como forma de viabilizar uma concepção genética saudável. Nesses casos, o AG visa à orientação do casal que deseja procriar, mas que prefere ser informado, de antemão, dos riscos de gerar um(a) filho(a) com determinada doença genética ou cromossômica, a fim de que possa mensurar as respectivas consequências e alternativas a serem adotadas em face do resultado obtido.

Diante disso, Emaldi-Cirión (2004) assinala que o aconselhamento genético compõe-se de cinco fases. A primeira fase inicia-se com uma consulta, através da qual os(as) pacientes realizam uma anamnese¹⁰. Nessa fase, o(a) geneticista deve identificar e informar quais provas devem ser produzidas para a constatação da doença genética e os meios de evitá-la na futura prole. A segunda fase relaciona-se com a realização dos exames pelos(as) pacientes. Logo após a realização das provas genéticas preditivas, compete ao(à) médico(a) interpretar e valorar os resultados obtidos, a fim de chegar ao diagnóstico correto, o que compreende a terceira fase. A quarta fase relaciona-se com a eleição da alternativa de tratamento mais adequada a solucionar o problema¹¹, mediante a prévia transmissão e esclarecimento aos(às) pacientes sobre toda a informação obtida. E a quinta fase diz respeito ao acompanhamento médico do tratamento escolhido.

Traduzindo em termos fáceis: as pessoas que já tiveram perdas gestacionais e/ou que possuem doenças graves em si ou na família e desejam evitar tais intercorrências em futuras

¹⁰ É preciso que o(a) geneticista proceda, antes de tudo, a uma pesquisa minuciosa com os(as) próprios(as) pacientes, denominada anamnese, que contribui para a adequada compreensão de todo o quadro genético presente no histórico familiar.

¹¹ Nessa fase do aconselhamento genético, após devidamente cientificado de todas as informações essenciais à tomada da decisão, o(a) paciente optará, de forma livre e esclarecida, pelo procedimento médico a ser adotado, podendo, inclusive, optar pela não realização de nenhum deles (SOUZA, 2014).

gravidezes ou na prole, devem procurar um AG. No caso de doenças graves, o AG buscará identificar, através de uma análise de genoma, se tais doenças são genéticas. Em sendo, o(a) geneticista calculará a probabilidade de hereditariedade, levando em conta o genoma dos gametas. No caso específico de perda gestacional, a colheita do genoma do feto é de fundamental importância para identificação de uma eventual doença genética. Identificada uma alta probabilidade de acometimento de doença genética em futura prole, o(a) geneticista pode recomendar a realização da RMA para fins utilização do DGPI, de acordo com a gravidade do problema.

Tendo em vista as considerações acima elencadas, o presente trabalho centra-se, em razão de seu propósito e extensão, na segunda modalidade de provas genéticas preditivas (provas pré-implantatórias)¹², que são realizadas no âmbito da RMA, objetivando evitar o nascimento de um(a) filho(a) com uma dada doença genética ou cromossômica, notadamente quando estejam os(as) pacientes cientes dos riscos de transmissão ou padecimento de tal enfermidade na futura descendência. Passa-se, então, a estudar as técnicas de RMA no bojo das quais a discussão acima adquire relevância.

2.2 AS PRINCIPAIS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

As técnicas de reprodução assistida, inicialmente, foram criadas para auxiliar casais/pessoas inférteis na procriação¹³. Hoje, em razão do já citado Projeto Genoma Humano, tais técnicas podem ser utilizadas também para ajudar as pessoas a terem proles livres de certas doenças genéticas, mormente nas situações em que tais doenças oferecem um reconhecido risco de inviabilidade de vida extrauterina ou de redução da saúde integral da futura prole, ocasionando limitações para uma existência plena e digna.¹⁴

Nesse sentido, frente às referidas inovações no campo da medicina reprodutiva, registre-se que, atualmente, a regulamentação do uso das técnicas de procriação artificial é feita pela

¹² Para uma análise aprofundada das provas pré-conceptivas e pré-natais, vide a obra de Souza (2014).

¹³ A Resolução n. 2168/2017 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017) dispõe, em sua Seção I, atinente aos princípios gerais que regem a Reprodução Medicamente Assistida, que: “[a]s técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação.”

¹⁴ Não se pretende neste trabalho olvidar a discussão sobre a finalidade e aceitação do DGPI, reconhecendo-se, portanto, a existência de corrente que enxerga o procedimento como uma forma de “melhoramento” genético ou de eugenia, o que abriria espaço para a escolha pelos pais de características biológicas específicas dos filhos, não somente para fins de evitar o risco de desenvolvimento de doenças. Contudo, ante a restrição temática da investigação aqui realizada, não será abordada a vertente que considera a autonomia dos pais durante a realização do DGPI como uma verdadeira seleção indiscriminada de embriões. Para uma análise nesse sentido, vide Sales e Alcantara (2012).

Resolução n. 2168/2017 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017), instituída pelo Conselho Federal de Medicina (CFM). A comunidade científica detém-se na necessária análise do tema e de suas peculiaridades, mas é ainda incipiente a interferência jurídico-normativa sobre a questão da Reprodução Medicamente Assistida, cuja regulamentação resta quase que totalmente circunscrita à atividade dos Conselhos de Medicina.

Tendo em vista o desuso de algumas das técnicas tradicionais de Reprodução Medicamente Assistida (inseminação artificial, transferência intratubária de gametas, transferência intratubária de zigotos¹⁵), e levando-se em conta a finalidade e a extensão da presente pesquisa, este trabalho se voltará para as técnicas cuja utilização se sobressai no contexto atual: a fertilização *in vitro* (FIV) e a injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI).

De um lado, a fecundação *in vitro* ou fertilização assistida (FIV) é, segundo Pádua (2008, p. 73), “[...] uma técnica que consiste em extrair o óvulo maduro de dentro do ovário da mulher, misturando-o ao espermatozoide, a fim de que a fecundação ocorra em laboratório (estufa)”. Nesse caso, a fecundação ocorre livre e espontaneamente, após a indução da ovulação e a respectiva coleta de sêmen, em um processo de incubação que ocorre fora do corpo da mulher, sendo recomendada para os casos de lesão tubária¹⁶.

A mencionada técnica, ainda segundo Pádua (2008), é composta das seguintes fases: a) tratamento hormonal da mulher (hiperestimulação ovariana), a fim de induzir a produção de um número elevado de oócitos (óvulos), evitando com isso a repetição de procedimento e, ao mesmo tempo, contribuindo para a maior probabilidade de sucesso; b) monitoramento e coleta de oócitos;¹⁷ c) fecundação *in vitro*, mediante o contato dos oócitos com os espermatozoides; d) transferência embrionária, cerca de vinte e quatro/vinte e oito horas após a fecundação¹⁸.

De outra banda, na injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI), procede-se à injeção de um único espermatozoide no óvulo da mulher, tratando-se de uma fertilização manipulada ou forçada, de que resulta a transferência do embrião para o útero da mulher em

¹⁵ Métodos citados por Sá e Naves (2011).

¹⁶ Para mais informações sobre o procedimento, consulte-se a plataforma eletrônica da Ferticlin (FERTILIZAÇÃO..., 2019).

¹⁷ A coleta de espermatozoides, realizada após a coleta de oócitos, é fundamental no contexto da FIV, na medida em que possibilita a sua posterior preparação laboratorial, através da separação, dentre o material colhido, dos gametas que apresentam maior chance de fecundação, segundo os critérios de morfologia e motilidade (COLETA..., 2020).

¹⁸ Atualmente, costuma-se transferir os embriões no quinto dia após a coleta e fertilização, quando estes já estão na fase de blastocisto, até mesmo para possibilitar a realização do DGPI, aumentando as chances de seu desenvolvimento no útero. Não obstante, admite-se a possibilidade de que o exame ocorra em embriões ainda em seu terceiro dia de desenvolvimento, apesar de que, nesse caso, a qualidade das informações obtidas é notadamente menor (CONHEÇA..., 2012).

cerca de dois a cinco dias após a fecundação (MACÍA MORILLO, 2018). As demais fases, intrínsecas ao procedimento adotado na fertilização *in vitro* são também empregadas nessa técnica (PÁDUA, 2008), tratando-se, pois, de um procedimento indicado para os casos de infertilidade cuja origem seja atribuída ao homem, sendo também o mais utilizado atualmente¹⁹.

No seio das técnicas acima descritas, quando o embrião encontra-se na fase de blastocisto, é possível realizar uma biópsia, que consiste na retirada de uma única célula para fins de realização do DGPI²⁰ (MALUF, 2013). Trata-se de um procedimento (exame) que busca avaliar o material genético dos embriões que serão implantados no útero materno, como forma de rastrear os genes²¹ indicadores de certas doenças genéticas ou cromossômicas, transferindo-se para a cavidade uterina apenas aqueles embriões considerados “saúdáveis”. Sendo assim, as técnicas de Reprodução Medicamente Assistida, atualmente, estão a serviço não apenas dos casais que sofrem com a infertilidade, mas, sobretudo, daqueles que desejam assegurar o nascimento de um(a) filho(a) “saúdável”, valendo-se do DGPI para alcançar tal objetivo (RIBEIRO, 2010).

Gozzo (2009, p. 393) considera, no mesmo sentido, que “[...] esse diagnóstico é feito a partir do exame de uma célula única – um blastômero – removida de um embrião em seu dia 3, pelo qual se obtém um perfil genético e cromossômico bastante acurado de cada embrião”. Realizada a biópsia (no terceiro ou quinto dia de seu desenvolvimento), o embrião, mantido intacto, retorna à incubadora, até que se obtenha o efetivo resultado²².

Ao voltar-se, sobretudo, aos casos de risco de transmissão de determinada doença genética ou cromossômica à prole futura, o DGPI é considerado como técnica que permite a seleção de embriões que não padeçam daquela doença antes mesmo da implantação. Dessa forma, através de mencionado diagnóstico visa-se “[...] prevenir a colocação, no útero da mulher, de embriões portadores de genes passíveis de desenvolver enfermidades genéticas, caso venham a nascer com vida” (GOZZO, 2009, p. 393).

Portanto, a sua realização é indicada quando há risco de transmissão de doença genética ou cromossômica aos(às) filhos(as) em razão do histórico familiar; para os casais que possuam essas doenças ou que já tenham um(a) filho(a) nessa condição; para a hipótese de abortos

¹⁹ Cf., para mais informações sobre o procedimento, a plataforma eletrônica da Ferticlin (ICSI..., 2019).

²⁰ Sobre os métodos, objetivos e consequências do DGPI, vide Nunes (1996).

²¹ O conceito de gene, não obstante se desvie do conhecimento do(a) profissional do Direito, é citado para fins didáticos: trata-se da sequência de bases nitrogenadas capaz de definir as características do ser vivo, cujo conjunto forma o cromossomo, responsável por armazenar o DNA no interior da célula. É o DNA que carrega as informações genéticas do indivíduo, e o material genético completo deste ser forma o seu genoma (O QUE..., 2015).

²² Sobre os aspectos técnicos do exame, vide Teles (2011).

sucessivos ou para mulheres cuja idade esteja avançada, aumentando-se o risco de incidência de certas doenças na prole futura (SWANSON *et al.*, 2007).

No Brasil, o uso do DGPI é permitido pelo CFM, conforme previsto na Resolução n. 2.168/2017 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017). A incipiente regulamentação limita-se a proibir a utilização do procedimento para fins alheios ao afastamento de doenças (mera escolha do sexo do embrião, por exemplo²³) e a dispor sobre a destinação dos embriões tidos como inviáveis para a implantação²⁴. Daí percebe-se que a Resolução não faz maiores restrições quanto à possibilidade de utilização do DGPI, que pode ser realizado, de modo geral, sempre que as pessoas se submeterem à RMA. Registre-se, contudo, que, como regra, o DGPI não é utilizado de forma generalizada e banal, até porque a realização desse exame importa em altos custos financeiros.

A realização do DGPI é, como dito alhures, indicada para descartar a presença na prole futura de determinada doença genética ou cromossômica, já identificada no histórico familiar. Logo, não tem o condão de excluir a possibilidade de ocorrência de outras doenças da mesma natureza, uma vez que o exame se volta apenas para a investigação da anomalia específica cujo desenvolvimento, no(a) filho(a), os pais desejam evitar. Sendo assim, não obstante a imprecisão do regramento referente ao DGPI contido na Resolução, a utilização do exame no Brasil não é sugerida, atualmente, a todo e qualquer casal que se submete às técnicas de RMA, mas somente àqueles cujo histórico familiar indique a necessidade de se proceder ao rastreamento de determinada doença genética. E, repita-se, mesmo nesses casos, a investigação não ocorre de forma generalizada, afinal, conforme já mencionado, o acesso ao DGPI associa-se também à disponibilidade financeira dos(as) pacientes.

Não obstante a sua derivação do Diagnóstico Genético Pré-Natal (DGPN), há de se observar a evidente distinção entre esses procedimentos, uma vez que o DGPI é realizado no embrião, antes de sua implantação, ao passo que aquele é voltado ao feto, já dentro do útero da mulher, visando a fornecer aos genitores a informação sobre sua constituição genética²⁵. É,

²³ Da redação do item 5, contida na seção I daquela Resolução (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017), depreende-se que as técnicas de reprodução assistida não devem ser utilizadas para selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando tal circunstância estiver associada à necessidade de evitar doenças ligadas ao sexo.

²⁴ A Resolução n. 2168/2017 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017) afirma, no item 1, da Seção IV, atinente ao DGPI, que “as técnicas de RA podem ser aplicadas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças - podendo nesses casos ser doados para pesquisa ou descartados, conforme a decisão do(s) paciente(s) devidamente documentada em consentimento informado livre e esclarecido específico.”

²⁵ Barboza (2004) afirma que o embrião é aquele que se desenvolve fora do corpo humano, *in vitro*. O feto, por sua vez, se desenvolve no útero da mulher.

ainda, considerado mais atrativo e menos invasivo que o tradicional Diagnóstico Genético Pré-Natal (MENDES; COSTA, 2013)²⁶.

Aponta-se como fundamentos para a utilização do DGPI o direito do casal de ser informado sobre o estado de saúde genética do embrião e o correlato direito a que as técnicas de procriação artificial apenas sejam realizadas após seu consentimento. Com isso, evita-se o sofrimento do casal ao ver o risco de transmissão de certas doenças genéticas e cromossômicas ser confirmado, reduzindo-se, ainda, a chance de uma gravidez de risco (notadamente nos casos de mulheres de idade avançada) ou de repetidos abortos espontâneos, perdas gestacionais ou morte prematura do nascente, quando essas mesmas razões motivaram a prévia procura pelo exame.

Conquanto se trate de um exame que fornece inúmeros benefícios ao casal que se submete à Reprodução Medicamente Assistida, não se pode olvidar a possibilidade de sua aplicação equivocada pelo(a) médico(a), resultando em diagnósticos incompatíveis com a realidade, o que importa em verdadeira falha no aconselhamento genético fornecido no seio das provas pré-implantatórias. Pretende-se, em seguida, avaliar se em tal caso é posta em risco a autonomia do(a) paciente que eventualmente consinta com a submissão à RMA sob a falsa premissa de um diagnóstico acertado.

2.3 O CONSENTIMENTO INFORMADO E O RESPEITO À AUTONOMIA DO(A) PACIENTE

Um ponto importante a ser registrado quando da realização de todo e qualquer procedimento médico refere-se ao consentimento informado, o que se torna ainda mais necessário, dadas as peculiaridades do tema, nos casos de reprodução assistida e de realização de DGPI. O consentimento informado consiste na autorização do(a) paciente, obtida pelo(a) profissional da saúde, para a realização de determinado procedimento médico. Trata-se de uma decisão voluntária, verbal ou escrita, protagonizada por uma pessoa autônoma e capaz, tomada após processo informativo, para aceitação de um procedimento específico, estando consciente dos seus riscos, benefícios e possíveis consequências (BRANDÃO, 2010).

A informação é, portanto, “[...] ponto central do paradigma da autonomia [...]”, sendo “[...] o consentimento informado e esclarecido a grande manifestação do paciente na tomada de

²⁶ Segundo informa Geber (2004, p. 304), “[...] a técnica já passou a ocupar um importante papel na prevenção de doenças geneticamente transmissíveis, além de permitir uma excelente opção para se evitar, em alguns casos, o tradicional exame genético pré-natal, que teria como única solução, em caso de presença da doença, a interrupção da gestação” – nos países em que o aborto, nessas situações, é legalmente autorizado.

decisões médicas [...]” (RAGAZZO, 2009, p. 50-51), considerado como direito subjetivo correlato ao dever médico de informar (CASABONA, 2004). Sabe-se, então, que a omissão quanto à prestação de informação ao(à) paciente importa, consequentemente, em desrespeito à sua autonomia de vontade, caracterizando o “[...] inadimplemento de um dever básico dos médicos e um direito fundamental dos consumidores: o acesso à informação” (MARQUES, 2008, p.16).

O Código de Ética Médica - Resolução n. 2.217/2018 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018) prevê, em seu Capítulo IV, que é vedado ao(à) médico(a) “Art. 22. 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” e ainda, em seu Capítulo V, veda ao(à) médico(a) “Art. 34. Deixar 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”.

Não é suficiente, então, que o(a) paciente possa decidir livremente sobre a intervenção médica, algo preconizado no Código de Ética Médica - Resolução n. 2.217/2018 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018)²⁷, mas, sobretudo, que o eventual consentimento decorra do adequado cumprimento do dever médico de informar sobre os riscos, os diagnósticos e os resultados previamente obtidos.

O direito à informação é, portanto, um dos pilares da relação médico-paciente e permite que este(a) último(a) fundamente sua decisão em informações claras e precisas a respeito dos riscos e benefícios possíveis de se submeter a determinado tratamento ou procedimento médico. Seu objetivo seria, em última análise, reduzir a desigualdade inerente àquela relação (RAGAZZO, 2009), uma vez que, ao(à) paciente, compete confiar na legitimidade dos conhecimentos técnicos fornecidos pelo(a) profissional (SILVA, J., 2002). Logo, a informação serve ao propósito de neutralizar essa desigualdade, tornando evidentes ao(à) paciente os elementos necessários à escolha por se submeter ou não a um procedimento médico, o que o(a) faz atuar de forma ativa no processo decisório.

Na visão de Casabona (2004, p. 130), “[...] o médico não pode assumir sozinho a responsabilidade de uma intervenção, mas deve compartilhá-la com o paciente, orientando-o

²⁷ O Código de Ética Médica (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018) prevê, em seu Capítulo IV, que é vedado ao(à) médico(a) “Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo”, vedando ao(à) médico(a) também, em seu Capítulo V, “Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte”.

sobre as possibilidades e riscos que envolvem o tratamento e interrogando-o sobre sua vontade de suportar os ditos riscos [...]”. Entendido como uma *obrigação jurídica*²⁸, o dever de informar imputado ao(a) médico(a) pressupõe não apenas o fornecimento dos elementos essenciais sobre os quais a decisão do(a) paciente se assentará, compreendendo também o encargo de confirmar se a informação transmitida foi adequadamente entendida pelo paciente. Compete, portanto, ao(a) profissional oferecer uma adequada informação e estar seguro de que ela foi corretamente assimilada (EMALDI-CIRIÓN, 2004). A natureza de obrigação jurídica decorre, com razão, das disposições contidas no Código de Ética, do princípio da boa-fé objetiva²⁹ e do caráter contratual da relação médico-paciente, da qual deriva a obrigação anexa de informar³⁰.

Conforme anota Oliveira (2005), o dever de informar do(a) médico(a) guarda relação com o correlato direito dos(as) pacientes à integridade física e moral, e com a autodeterminação nos cuidados da saúde. Sendo assim, faz-se necessária a correta transmissão das informações de cujo conhecimento o(a) paciente depende para consentir, livre e adequadamente, com qualquer intervenção médica.

A redação do art. 15 do Código Civil (BRASIL, 2002), segundo o qual “[...] ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”, permite inferir que “[...] somente é possível a intervenção médica mediante o consentimento do paciente, que não pode ser constrangido, muito menos enganado ou mal informado, pelo(a) profissional médico” (SOUZA, 2014, p. 13). Por isso, no lugar da expressão “consentimento informado”, Magno (2005, p. 319) entende que a nomenclatura adequada seria “consentimento livre e esclarecido”, eis que se requer tanto a manifestação de vontade consciente do(a) paciente, como a prestação de informações claras pelo(a) médico(a), sobre as quais a decisão estará assentada.

Sendo assim, de acordo com Ragazzo (2009, p. 86), “[...] sem as informações adequadas e necessárias, o consentimento do paciente equivaleria a uma manifestação de vontade vazia, daí advindo a obrigação de informar”. Logo, o consentimento manifestado pelo(a) paciente apenas torna legítima a intervenção médica quando adimplido o dever de informar pelo(a) médico(a), que será responsável por todos os danos resultantes de uma intervenção arbitrária (DIAS PEREIRA, 2015).

No seio da Reprodução Medicamente Assistida, objeto de estudo deste trabalho, o consentimento livre e esclarecido figura como princípio geral obrigatório, previsto na primeira

²⁸ Tal nomenclatura é adotada por Dias Pereira (2015).

²⁹ Na visão de Cavalieri Filho (2019), o princípio da boa-fé objetiva rege a relação médico-paciente e importa no respeito aos deveres de cooperação, lealdade, transparência, correção, probidade e confiança.

³⁰ Sobre o enquadramento enquanto dever anexo ao contrato, cf. Miragem (2007).

seção da Resolução n. 2.168/2017 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017), designadamente no art. 4º:

[...]

4. O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta.

As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.

Com efeito, a obrigatoriedade de consentimento livre e esclarecido para os(as) pacientes submetidos à RMA relaciona-se, ainda, ao direito fundamental ao planejamento familiar, positivado no art. 226³¹ da Constituição Federal (BRASIL, 1988), de modo que consiste em direito de todos a livre escolha sobre intervenções relacionadas à reprodução artificial. Afinal, “[...] as técnicas de reprodução assistida ratificam a livre escolha das pessoas ao planejamento familiar, sendo seu uso uma questão de liberdade e autonomia individual” (HOLANDA, 2006, p. 53).

Reside, inclusive, em ambos os beneficiários do procedimento, a escolha sobre o eventual destino dos embriões e, conseqüentemente, sobre o uso da procriação artificial. Isto é, compete a todos os genitores a prestação do respectivo consentimento (OLIVEIRA, 1999). Em que pese a incipiente regulamentação sobre o uso do DGPI no Brasil, é possível afirmar, com fulcro na doutrina do consentimento livre e esclarecido, que o(a) médico(a) se obriga a comunicar o diagnóstico obtido ao final do exame, legitimando a eventual submissão do casal às técnicas de RMA, cuja adoção subordina-se a uma escolha consciente e informada tomada pelos progenitores.

Assim, considera Souza (2014, p. 15) que “[...] deriva do dever de informar a responsabilidade do médico quando não há informação ou quando esta é erroneamente prestada”, haja vista que o dever de informar “[...] é pressuposto e requisito essencial [...]” (SOUZA, 2014, p. 13) da prolação do consentimentos aos atos médicos. Em síntese, uma intervenção médica realizada sem o consentimento, puro e simples, do(a) paciente ou ainda

³¹ Art. 226, §7º, da Constituição Federal. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

fundada no consentimento obtido através de informação insuficiente configura ato ilícito, dada a natureza da ofensa perpetrada contra a integridade física e moral do(a) paciente, o que legitima, como decorrência, eventual direito à reparação civil (DIAS PEREIRA, 2015).

Destarte, no contexto da reprodução assistida, ao descumprir com o dever de informar o resultado obtido com o DGPI, o(a) médico(a) priva as pessoas de adotarem uma decisão esclarecida sobre a descendência futura (MACÍA MORILLO, 2003), fazendo nascer o correspondente dever de reparação civil pela arbitrariedade que tenha maculado a intervenção médica (realização da técnica de RMA). É o que se passa a estudar.

2.4 O CONSENTIMENTO INFORMADO NO ÂMBITO DO AG E DA REALIZAÇÃO DO DGPI

Foram descritas alhures as fases de realização de um Aconselhamento Genético. Pois bem, quando as pessoas procuram um AG com a finalidade de viabilizar uma futura prole “saudável”, livre de determinadas doenças genéticas, espera-se que o(a) geneticista realize as devidas provas (exames) e diagnósticos, informando os(as) pacientes sobre os eventuais riscos de transmissão daquela doença genética ou cromossômica à futura prole. No que se refere às provas genéticas pré-implantatórias, a falha médica pode traduzir-se “[...] na falta de realização dos meios de diagnóstico devidos, no equívoco na interpretação dos resultados obtidos, na comunicação indevida ou extemporânea dos mesmos ou, pura e simplesmente, na sua não comunicação” (DUARTE, 2017, p. 12-13).

Durante a primeira fase do aconselhamento genético, o fato de o(a) médico(a) não informar o casal, quando houver risco de transmissão de uma doença à futura prole, sobre a possibilidade e a conveniência de se realizar o DGPI importa, segundo Souza (2014), na violação ao direito de informação e de autodeterminação do(a) paciente, retirando-se-lhe ainda o “direito subjetivo de procriar”, conforme anota Emaldi-Cirión (2004, p. 65). Todavia, Macía Morillo (2003) adverte que a responsabilidade do(a) médico(a) pela não comunicação sobre a existência de provas genéticas apenas pode ocorrer na presença de fatores que tornam a sua indicação obrigatória, caso em que a conduta médica exigida é a de aconselhar a feitura do exame.

Como dito, no Brasil, toda e qualquer pessoa que se submete à realização da reprodução assistida poderia, em tese, “aproveitar o processo” e realizar também o DGPI, afinal, o CFM somente proíbe a realização desse exame para fins de sexagem. Outrossim, na vez que existe esse permissivo, os(as) médicos(as) da reprodução teriam a obrigação de, pelo menos, informar

aos(às) pacientes quanto a tal possibilidade, esclarecendo, por óbvio, as circunstâncias em que o exame é indicado³². Diante disso, caberia ao(à) paciente optar ou não, livremente, pela sua realização, de acordo com a disponibilidade financeira e com a gravidade no risco de comprometimento da prole futura.

A discussão sobre a existência de uma obrigação médica de propor a realização do DGPI já foi objeto de demanda no ordenamento jurídico norte-americano, embora caso tenha sido extinto sem mérito julgado, por incompetência do juízo demandado³³. Logo, não é plenamente impossível que esse dever venha a ser expressamente reconhecido no futuro (WEVERS, 2010), afinal, trata-se de conduta médica compatível com o dever de cuidado, que permite ao casal conhecer a realidade e optar livremente por proceder ou não às técnicas de RMA (CASABONA *et al.*, 2006).

Ademais, como se observa, os(as) pacientes possuem o direito de consentir ou não com a realização de provas genéticas preditivas, desde que, por óbvio, tal possibilidade tenha sido conferida³⁴. Eventual defeito ao obter esse consentimento – que pode ser decorrente de falta de informação – importa em violação ao seu direito de autodeterminação (SOUZA, 2014).

Uma vez realizado o DGPI, espera-se que o exame seja preciso ao informar ou não sobre a presença da doença genética cujo desenvolvimento se busca evitar. O(a) geneticista que acompanha os(as) pacientes deve saber interpretar o resultado e informá-lo aos(às) interessados(as), visto que uma eventual negligência médica, seja ao valorar ou ao informar os resultados, impede os genitores de conhecer a real alteração no material genético do embrião, quando a sua constatação seria, em circunstâncias normais, plenamente possível (MACÍA MORILLO, 2003).

³² Neste ponto, vale referir um interessante precedente, apreciado pela 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) em 2016. Nesse julgado, o TJMG negou provimento ao recurso de um casal que havia se submetido à FIV, da qual resultou o nascimento de uma filha com Síndrome de Down. O casal alegou tratar-se de falha na prestação do serviço, uma vez que, não obstante a Resolução 1358/1992 do CFM, que orienta a realização do DGPI para evitar o nascimento de criança com anomalia genética, a clínica deixou de efetuar o referido exame. Em resposta, a recorrida sustentou que o contrato de prestação de serviço firmado entre as partes não assegurava o nascimento de uma criança saudável, além de que não haveria uma obrigação de efetuar o DGPI nos casos de FIV. Em seu voto, o relator aduziu não se tratar de obrigação médica a realização do DGPI, por ausência de previsão expressa nesse sentido, motivo pelo qual restaria descaracterizada a falha na prestação do serviço, o que se justificaria pela assinatura do termo de consentimento assinado pelo casal, assumindo o risco de a criança não nascer saudável. Note-se, contudo, que o pedido do casal baseou-se na ausência de realização de DGPI (falha inerente à segunda fase do AG) e não na ausência de informação sobre a possibilidade de realização deste exame. Informações obtidas no endereço eletrônico do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (CASAL..., 2017).

³³ Cita-se o caso *Coggeshall v. Reproductive endocrine associates of Charlotte*, apreciado pela Suprema Corte da Carolina do Sul (CAROLINA DO SUL, 2007).

³⁴ A discussão sobre as consequências de uma conduta médica omissiva quanto ao cumprimento do dever de sugerir a realização do DGPI não é pertinente neste trabalho, o qual se volta ao estudo dos casos em que há um erro no diagnóstico obtido através do exame.

Após a realização do DGPI, sendo detectada e comunicada alguma doença ou anomalia incurável³⁵ no embrião, os futuros genitores poderão optar pela implantação ou não deste no útero da mulher (SOUZA, 2014), alternativas que deverão ser propostas pelo(a) médico(a). Diante de eventual resultado negativo, sem que se tenha constatado qualquer doença, incumbe ao(à) médico(a) propor a respectiva implantação (CASABONA *et al.*, 2006), na terceira fase do aconselhamento genético.

Não se olvide, consoante já dito, a possibilidade de interpretação incorreta ou deficiente dos resultados obtidos com a realização do DGPI, o que gera um diagnóstico igualmente equivocado. Assim, na hipótese de essa falha consistir na falta de detecção de uma dada doença genética ou cromossômica, sobrevivendo um diagnóstico falso-negativo, ter-se-á como resultado a implantação de um embrião enfermo, impedindo a adoção das alternativas acima aludidas, no seio da quarta fase do aconselhamento, por parte dos genitores (SOUZA, 2014).

Ressalva-se, por óbvio, a possibilidade de ocorrer, ainda durante a terceira fase, o diagnóstico falso-positivo, que sugere a constatação equivocada de uma doença, fazendo com que os pais optem por não levar adiante a implantação dos embriões. Não obstante, conforme anteriormente elucidado, este não é o escopo da presente investigação – pautada na doutrina do nascimento indevido –, eis que a consequência prática daquela falha seria a retirada do direito subjetivo de procriar, não sobrevivendo o nascimento de filho(a) algum(a)³⁶.

Ademais, registre-se que o aconselhamento genético pode ser considerado defeituoso quando a conduta omissa do(a) médico(a) guardar relação com a comunicação aos genitores do diagnóstico obtido (SOUZA, 2014), notadamente aquele relativo à detecção de uma doença genética ou cromossômica, o que também os impede de dispor de toda a informação relevante para decidir livremente sobre a implantação dos embriões (MACÍA MORILLO, 2009). Trata-se de defeito inerente à terceira fase do aconselhamento genético, que retira dos(as) pacientes a oportunidade de escolher, na quarta fase, a alternativa condizente com a situação médica detectada no exame. A comunicação pode ser inexistente, indevida ou extemporânea.

Por todo o exposto, note-se que o efeito prático, relevante ao presente trabalho, trazido pela realização do DGPI consiste na possibilidade de o paciente optar livremente pela não

³⁵ Note-se que é possível a ocorrência de falha no DGPI que impeça a detecção de enfermidade curável, aquela que pode ser sanada através de terapia gênica – procedimento em que se busca a “[...] substituição do gene defeituoso por um saudável ou apenas a inserção de um gene livre de doenças ou deficiências [...]” (SOUZA, 2014 p. 47), de sorte que, recorrendo-se a tal medida, o embrião implantado poderá ser “saudável”. O cerne do presente trabalho – dada a sua extensão e finalidade precípua –, todavia, é a falha no referido exame, sobrevivendo um diagnóstico equivocado de enfermidade não suscetível de ser eliminada através da terapia gênica, de modo que, não fosse a conduta médica negligente, os genitores poderiam ter optado pela não implantação dos embriões não “saudáveis”.

³⁶ Para uma análise das consequências práticas advindas do resultado falso-positivo, vide Casabona *et al.* (2006).

implantação do embrião, quando da ciência prévia a respeito da má-formação genética ou cromossômica, exercendo seu direito à autodeterminação reprodutiva. Isso revela, portanto, a fundamental importância do dever do(a) médico(a) de interpretar corretamente e de informar claramente o conteúdo do diagnóstico obtido através do mencionado exame, uma vez que as decisões a serem tomadas pelos pais serão norteadas pelo aconselhamento genético correto e eficiente feito pelo(a) respectivo(a) profissional de saúde.

Diante de tais consequências práticas, será investigada, no capítulo seguinte, a possibilidade de reparação civil dos pais pelo nascimento indevido de filho(a) com doença genética ou cromossômica, como consequência da incorreção na interpretação do diagnóstico por parte do(a) médico(a) ou da ausência de informação sobre o resultado obtido com o DGPI; defeitos reservados, como já observado, à terceira fase do processo de aconselhamento genético.

3 UMA ANÁLISE JURÍDICA DO DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTATÓRIO – UM CASO DE *WRONGFUL BIRTH ACTION*?

Neste capítulo, será feita uma análise jurídica acerca da natureza da relação existente entre o(a) médico(a) e os(as) pacientes, quando solicitada a realização do Diagnóstico Genético Pré-Implantatório. Esse é um estudo que antecede, como se verá, o exame das questões relativas à responsabilidade civil médica pelo descumprimento das obrigações assumidas no seio daquela relação.

3.1 NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

A definição da natureza jurídica da relação médico-paciente é imprescindível para a apuração da responsabilidade civil do(a) profissional da medicina. Essa investigação importa para fins de determinação do regime jurídico aplicável à responsabilidade civil, já que existem diferenças normativas entre a responsabilidade aquiliana/extracontratual e a responsabilidade contratual.

Inicialmente, vale registrar que a relação médico-paciente constitui uma relação contratual, tanto que Costa (2001) qualifica o contrato médico como um contrato de prestação de serviços. Por seu turno, Pina (2003) assinala as características desse tipo de contrato: sinalagmático, na medida em que gera direitos e obrigações recíprocos para as partes; oneroso, porque exige a contraprestação por parte do(a) paciente; personalíssimo, tendo em vista a relação de confiança em que se pauta, tornando o(a) médico(a) contratado o único habilitado a cumprir as obrigações pactuadas; e consensual, fruto da livre vontade das partes.

De fato, “[...] a relação entre pacientes e médicos consubstancia, via de regra, um vínculo de natureza contratual, na medida em que envolve a prestação de serviços especializados” (RAGAZZO, 2009, p.61), o que não seria diferente no caso dos exames genéticos realizados antes da implantação do embrião no útero da mulher. O objeto dessa modalidade contratual constitui, inclusive, uma obrigação de fazer.

Dessa forma, a realização do DGPI pauta-se na existência de autêntico contrato de prestação de serviços, pelo que o(a) médico(a) obriga-se a realizar um diagnóstico de averiguação de doença genética ou cromossômica. Aqui se observa o elemento volitivo, que decorre da autonomia dos(as) pacientes em optar pela submissão dos embriões ao exame

genético, assim como o aspecto sinalagmático, na medida em que é imposto ao(à) médico(a) o dever de fornecer um diagnóstico preciso, ao qual corresponde o respectivo direito dos(as) pacientes de exercer uma escolha consciente e informada sobre a descendência futura. Ademais, registre-se que se trata de uma relação onerosa, da qual exsurge a devida contraprestação pecuniária pelos serviços prestados, e personalíssima, por estar fundada na legítima expectativa de obtenção do diagnóstico pretendido e na confiança depositada em um(a) determinado(a) profissional médico(a) ou em uma clínica hospitalar.

Sendo uma relação contratual, o descumprimento dos deveres médicos assumidos é, naturalmente, tratado no âmbito da responsabilidade civil contratual. A responsabilidade civil contratual do(a) profissional da medicina decorre do descumprimento de obrigações contratuais, notadamente quando a assistência médica foge aos parâmetros fixados pelas regras da arte³⁷, causando prejuízo ao(à) paciente. Já a responsabilidade civil extracontratual deriva da violação, por parte do(a) médico(a), de um dever geral de conduta imposto pelo ordenamento jurídico (SCHAEFER, 2012).

Essa diferenciação importa porque existe disparidade entre o regime jurídico da responsabilidade civil contratual e da extracontratual. Na responsabilidade civil contratual, a culpa é presumida (o que não se confunde com responsabilidade objetiva), cabendo ao autor da lesão provar que não agiu com culpa, demonstrando, assim, a ocorrência de fortuito ou força maior. Já na responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, compete ao lesado a prova da culpa do agente³⁸.

Em se tratando de uma obrigação de fazer, que é o objeto do contrato de prestação de serviços médicos, o art. 248 do Código Civil (BRASIL, 2002) determina que “[...] se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos”. Logo, note-se que, na ausência da prestação do serviço contratado, a culpa do(a) médico(a) é presumida, cabendo a ele(a), se for o caso, provar que não teve culpa pela inexecução do serviço.

É de fácil percepção, portanto, que o descumprimento dos deveres decorrentes do contrato de prestação de serviços de aconselhamento genético (DGPI) enseja a submissão ao

³⁷ Conjunto de regras e recomendações a serem observadas pelo(a) médico(a).

³⁸ Existe distinção também em relação aos prazos prescricionais. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça concluiu, no julgamento dos Embargos de Divergência interpostos em face do REsp n. 1.281.594/SP, pela aplicação do prazo prescricional de dez anos às pretensões de reparação de dano cuja origem seja contratual - art. 205, do Código Civil (BRASIL, 2002), afastando, com isso, a incidência do prazo prescricional trienal - art. 206, §3º, V, do Código Civil (BRASIL, 2002), agora aplicável apenas à responsabilidade extracontratual (BRASIL, 2019, *on-line*).

regime jurídico da responsabilidade civil contratual. Aliás, é inegável na doutrina a natureza contratual da responsabilidade civil que emerge da prestação de cuidados de saúde (GONÇALVES, 2010).

Em se tratando do DGPI, tem-se, como dito, um contrato de assistência médica em que se busca o adequado aconselhamento genético, exigindo-se do(a) médico(a) o fornecimento dos resultados concernentes à saúde genética da descendência futura. A ausência de realização do DGPI, quando contratado, faz nascer, por conseguinte, a responsabilidade médica contratual, com culpa presumida. Conforme aponta Holanda (2012, *on-line*), nesse caso, “[...] a falta do resultado, por si só, já gera a presunção de um inadimplemento contratual culposo por parte do devedor (médico/a), cabendo a este provar a impossibilidade de cumprimento devido a caso fortuito ou força maior”.

Resta perguntar: E se o serviço médico for prestado de forma defeituosa, gerando um resultado falso-negativo, a culpa permanece sendo presumida? Nesse caso, a resposta depende do tipo de obrigação de fazer assumida, se de meio ou de resultado. É o que se passa a estudar.

3.2 OBRIGAÇÃO DE MEIO X OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

Inicialmente, cumpre conceituar o que seriam a obrigação de meio e a obrigação de resultado. Na obrigação de meio, o(a) profissional assume a prestação de um determinado serviço, ao qual compromete-se a dedicar todo cuidado e diligência, utilizando-se dos recursos de que dispõe. O(a) profissional compromete-se não a um resultado específico, mas sim a prestar um serviço de qualidade. Já na obrigação de resultado, o(a) profissional obriga-se com um resultado específico que, uma vez não realizado, importa em reparação civil, independentemente da diligência empregada.

Tal distinção torna-se relevante na medida em que repercute no ônus de provar a culpa pela falha da obrigação contratada. Na obrigação de meio, compete ao lesado pela falha na prestação de um serviço provar que o resultado entregue não se assemelha ao pretendido, por pura falta de diligência do(a) profissional contratado(a) (TAPÍA RODRÍGUEZ, 2003). Em outras palavras, o lesado deve comprovar a culpa do(a) médico(a) pelo resultado considerado inadequado.

De outra banda, na obrigação de resultado, como o resultado pretendido constitui o objeto do contrato, a comprovação, pelo lesado, de que o resultado obtido foi indevido faz presumir o comportamento negligente do devedor (AGUIAR JUNIOR, 1999). Nesse caso, compete ao(a) médico(a) o ônus de provar que não teve culpa pelo resultado indevido.

Via de regra, as obrigações de prestação de serviços médicos constituem obrigação de meio, pois o(a) médico(a) não se compromete com a cura do(a) paciente, obrigando-se apenas a empregar todo o conhecimento técnico-científico disponível e a empreender os esforços necessários à busca pelo melhor resultado possível. No entanto, existem determinados serviços médicos que importam no comprometimento a alcançar um resultado específico.

Nesse sentido, a doutrina já reconhece que, em determinados casos, o(a) médico(a) responsabiliza-se perante um determinado fim, a exemplo do que ocorre com os anestesistas e com os exames diagnósticos em geral (CAVALIEIRI FILHO, 2019). Registre-se, então, que os exames voltados para diagnósticos são considerados obrigações de resultado, de modo que, nos casos de erro de diagnóstico (resultado indevido), a culpa do(a) profissional é presumida.

Esse mesmo entendimento conta com respaldo jurisprudencial, na medida em que o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2008, *on-line*) considera que “[...] o exame ultrassonográfico para controle de gravidez implica em obrigação de resultado [...]”, haja vista que não se trata de ato médico voltado para a cura de um(a) paciente ou para a solução de um problema de saúde da gestante ou do feto, mas sim de exame que busca “[...] auferir informações precisas e certas sobre as condições da gestação”. Dessa forma, cumpre aos especialistas conhecer os possíveis “efeitos extraordinários” do instrumento utilizado para realizar o exame, garantindo-se, então, a correção do resultado obtido. Nessa senda:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. DIAGNÓSTICO DE GESTAÇÃO GEMELAR. EXISTÊNCIA DE UM ÚNICO NASCITURO. DANO MORAL CONFIGURADO. EXAME. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I - O exame ultrassonográfico para controle de gravidez implica em obrigação de resultado, caracterizada pela responsabilidade objetiva. II - O erro no diagnóstico de gestação gemelar, quando existente um único nascituro, resulta em danos morais passíveis de indenização. Agravo regimental improvido (BRASIL, 2008, *on-line*).

No seio do Diagnóstico Genético Pré-Implantatório, pode-se também afirmar que a obrigação assumida pelo(a) médico(a), tal como aquela a que se obriga no exame ultrassonográfico, é de resultado, na medida em que se trata de exame cuja função primordial é constatar, precisa e claramente, a existência ou não de uma doença genética ou cromossômica. Logo, se houve erro de diagnóstico, a culpa profissional é presumida.

Segundo Rosa (2013, p. 51-52), ao ofertar um exame capaz de identificar determinadas doenças genéticas e cromossômicas, exsurge a obrigação de que os resultados obtidos sejam fidedignos, devendo o(a) médico(a) afirmar, diligentemente, se “[...] existem elementos de onde possa concluir-se que o nascituro [embrião] virá a sofrer de forma incurável, de grave doença

ou formação congênita”. Afinal, o DPGI é contratado exatamente para fins de constatação ou não de uma doença genética ou cromossômica, logo, o resultado seguro e fidedigno é exatamente o que se espera. A partir disso, compete aos interessados tomar a decisão de implantar ou não o embrião no útero da mulher.

É cediço, pois, que o nível de conhecimento sobre as doenças detectadas interfere diretamente na tomada de decisões reprodutivas, de modo que uma das finalidades do aconselhamento genético é a promoção da autodeterminação do(a) paciente. Tendo em vista que o casal se vale deste recurso precisamente para tomar conhecimento de eventual enfermidade de que padeça o embrião e, então, decidir sobre a sua implantação, o diagnóstico obtido com o exame deve proporcionar a segurança de uma gravidez planejada, desejada e saudável.

Sendo assim, se o erro de diagnóstico – mais precisamente, um falso-negativo – levou à transferência de um embrião com a doença genética ou cromossômica que o DGPI deveria ter identificado, tem-se aqui uma obrigação contratual descumprida, presumindo-se a culpa do(a) profissional. Logo, o eventual nascimento indevido da criança, mesmo após a submissão dos embriões ao exame genético, importa em descumprimento contratual, presumindo-se a negligência médica (WEVERS, 2010). No mesmo sentido leciona Dias Pereira (2012, p. 205), asseverando que o descumprimento dos deveres de cuidado relacionados ao DGPI enseja a responsabilidade civil contratual do(a) médico(a), designadamente “[...] se for escolhido um embrião portador da doença genética que se visava evitar”.

Cabe esclarecer, conforme leciona Raposo (2010), que, apesar de ser um exame capaz de descartar inúmeras doenças graves, a realização do DGPI não assegura o nascimento de um bebê “saudável”, pois apenas rastreia, prioritariamente, alterações cromossômicas e genéticas já existentes no histórico familiar. Sendo assim, o DGPI é utilizado, conforme já dito, para descartar certas e determinadas doenças previamente identificadas antes da realização do procedimento.

O referido exame não serve, portanto, para identificar toda e qualquer doença genética existente, mesmo porque isso é, atualmente, impossível. Afinal, ainda não se tem conhecimento dos genes responsáveis por todas as doenças, sem falar que novas doenças genéticas nascem diariamente, em razão das mutações. Então, quando se fala em responsabilidade do(a) médico(a) pela falha de diagnóstico no DGPI, está-se tratando da ausência de constatação de certa e determinada doença para a qual o diagnóstico fora contratado. Se o embrião nasce com doença outra, não há que se falar, portanto, em responsabilidade civil médica.

Por outro lado, o nascimento indevido de criança com a exata doença que se pretendia evitar enseja a responsabilidade civil médica, na ocasião em que aquela enfermidade estiver associada a característica genética pré-existente, que deveria ter sido observada e identificada pelo(a) profissional quando da realização do DGPI. Nesse caso, a não-obtenção do diagnóstico correto demonstra que o resultado esperado e preestabelecido - a constatação de certa doença para a qual o exame fora contratado - não foi alcançado, presumindo-se, portanto, a culpa profissional.

Observe-se que, ao assinar o Termo de Ciência e Concordância para a realização do DGPI, os(as) pacientes declaram estar cientes de que o exame envolve as seguintes etapas: esclarecimento dos detalhes técnicos do procedimento e dos termos de consentimento pelo(a) geneticista, estudo molecular prévio à análise embrionária e análise do DNA embrionário.

A título de exemplo, e tendo por base o modelo de Termo de Ciência e Concordância (ANEXO A) fornecido por paciente que consentiu com a realização do DGPI pela clínica *Genesis Genetics Brasil* em parceria com o *Genesis Genetics Institute* (EUA), percebe-se que a feitura do DGPI requer a prévia coleta, procedida no Brasil, de amostras de raspado bucal, no sentido de coletar o material biológico para o posterior estudo e preparação das sondas moleculares que serão utilizadas no diagnóstico do embrião no estágio de blastocisto (D5), sendo esta última etapa procedida nos Estados Unidos, após a devida remessa das amostras colhidas.

No que se refere à segurança dos resultados alcançados, o Termo de Ciência e Concordância limita-se a declarar que o DGPI pode não ser finalizado com sucesso, dada a complexidade da tecnologia envolvida na realização do exame. No entanto, o referido documento não faz qualquer ressalva quanto a possibilidade de erro no diagnóstico, nem mesmo sobre a ocorrência de resultados falsos-negativos, de tal sorte que não é concebível que o(a) geneticista se exima da obrigação de fornecer um resultado preciso.

Afinal, trata-se, como já visto, de uma obrigação de resultado, na medida em que o(a) paciente, ao assinar o documento, não assume os riscos de sobrevir um resultado incorreto. Ao contrário, a anuência quanto à biópsia embrionária pauta-se na legítima expectativa de idoneidade nos resultados obtidos, exatamente porque o termo de consentimento não esclarece a possibilidade de falibilidade do exame, tornando a ocorrência de falha no diagnóstico um evento inesperado e uma verdadeira violação à obrigação contratual assumida pelo(a) geneticista.

Dito isso, indaga-se: e quanto ao dever médico de informar aos futuros genitores o diagnóstico obtido com a realização do DGPI, haveria obrigação de resultado? De acordo com

Miragem (2007) e Dias Pereira (2004), compete ao(à) médico(a) fornecer uma informação completa e adequada aos(às) pacientes, sendo esta uma obrigação de resultado, especialmente quando se está diante da obrigação de informar resultados obtidos com a realização de exames médicos (TAPÍA RODRÍGUEZ, 2003).

Ainda que já seja comumente considerado como um elemento essencial à conduta médica diligente, o dever de informar assume uma relevância ainda maior nos atos médicos destinados ao diagnóstico de doenças (CORNEJO ARENAS, 2018). Afinal, a informação sobre o diagnóstico corretamente obtido é precisamente o que buscam os (as) pacientes, a fim de que possam optar pelo curso de ação que desejam seguir. Por isso mesmo, incumbe ao(à) médico(a), em respeito ao dever contratual de informar, comunicar os resultados obtidos com a realização do DGPI.

Aliás, relembre-se que, por se tratar de prova genética preditiva que visa a identificar a presença de certas doenças nos embriões, “[...] a informação acerca do diagnóstico é, ela mesma, o objeto principal do contrato [...]” (DUARTE, 2017, p. 22), na medida em que assegura a liberdade reprodutiva do casal. O descumprimento contratual, nesse caso, refere-se, igualmente, à prestação indevida de obrigação de resultado, relacionada ao fornecimento de um diagnóstico seguro ou ao repasse dessa informação ao(à) paciente, que consubstanciam o exato objeto do contrato.

Em suma, tratando-se de uma obrigação de resultado cujo cumprimento inadequado enseja a responsabilidade civil contratual, resta elucidar o alcance da eventual responsabilidade médica no âmbito da medicina reprodutiva, diante da falha relacionada à realização do DGPI, o que exige a compreensão da doutrina das *wrongful actions*.

3.3 O DGPI E AS WRONGFUL ACTIONS

A problemática que envolve o presente estudo gravita em torno da responsabilidade civil decorrente do nascimento indevido de uma criança acometida com doença genética ou cromossômica cujo diagnóstico contratado teria o DGPI o condão de constatar e evitar. Em se tratando do DGPI, o chamado nascimento indevido pode decorrer dos seguintes erros: 1) não realização de um exame contratado; 2) exame realizado, mas diagnóstico não repassado ou

repassado indevida ou extemporaneamente; e 3) erro de diagnóstico (resultado falso-negativo ou falso-positivo³⁹).

Para tanto, cabe analisar as denominadas *wrongful actions*⁴⁰, que discorrem sobretudo acerca do alcance da responsabilidade civil do(a) médico(a) no âmbito da reprodução. As *wrongful actions* são usualmente repartidas em três categorias: *wrongful birth* (“nascimento indevido”), *wrongful life* (“vida indevida”) e *wrongful conception* (“concepção indevida”). Nessas ações, o termo “*wrongful*” está associado à falha de medidas contraceptivas ou ainda ao falso diagnóstico de inexistência de má-formação e tem assumido o sentido de “errôneo”, que pode significar “indevido” ou “injusto” (SOUZA, 2014, p. 52). No presente trabalho, todavia, considerando que não se pretende exercer um juízo valorativo sobre as consequências do aconselhamento genético, será utilizada, no lugar do termo “injusto”, a nomenclatura “indevido”, adotada por P. Pinto (2008, p. 75-99) e Souza (2014, p. 1-150).

Durante a gestação, é possível a realização de diagnósticos pré-natais para detectar anomalias fetais incuráveis, o que permite, nos países onde o aborto provocado encontra guarida, o exercício desse direito por parte da genitora. Portanto, a falha em detectar uma anomalia fetal e/ou a ausência de informação acerca do diagnóstico alcançado consiste em erro médico passível de ocasionar a perda da chance de realizar uma escolha reprodutiva, isto é, de optar ou não pela realização do aborto (HOLANDA, 2012). E através da chamada *wrongful birth action*, pleiteia-se uma indenização pelos danos morais e patrimoniais decorrentes do nascimento indevido de um(a) filho(a) deficiente, uma vez que, se previamente conhecida a deficiência, a genitora teria tido a chance de exercer o direito ao aborto.

De outra banda, “[...] a *wrongful life action* é movida pelo nascente deficiente contra o médico responsável pela falha no diagnóstico que deveria ter identificado a má-formação fetal [...]” (HOLANDA, 2012, *on-line*), sob o fundamento de ter sido prejudicado pela falha médica. Note-se, assim, que ambas as ações derivam da mesma circunstância – a falha no DGPN ou a falta de informação sobre o resultado obtido com o exame –, apesar de que configuram pretensões diversas, propostas por demandantes distintos.

Com efeito, a *wrongful birth action* traduz a pretensão dos pais de buscar a responsabilização do(a) médico(a) que, violando os deveres de cuidado e de informação, não os informou sobre as condições de saúde genética do feto ou obteve diagnóstico falho, retirando-lhes a oportunidade de tomar uma decisão informada sobre o prosseguimento da

³⁹ O resultado falso-positivo é mais difícil de ser constatado, porque implica na repetição do exame por outra clínica. O presente trabalho, conforme já dito, centra-se na análise de um nascimento indevido, que é aquele que não deveria ter acontecido, mas que ocorreu em razão de erro do DGPI.

⁴⁰ A expressão correspondente “*Wrong Actions*” é utilizada na obra: RAPOSO (2012).

gravidez e dando ensejo ao nascimento indevido de um(a) filho(a) com deficiência. Já a *wrongful life action* traduz a pretensão do próprio filho(a), contra o(a) médico(a) responsável por permitir o seu nascimento indevido, violando, com isso, o seu suposto direito a não nascer (DUARTE, 2017).

Outra espécie de *wrongful action* é a chamada *wrongful conception action*, que discute a concepção indevida do(a) filho(a) como decorrência de falha médica, a qual se consubstancia na falha no processo de interrupção da gravidez ou nos métodos contraceptivos utilizados e na ocorrência de esterilização malsucedida (DUARTE, 2017). Nesse sentido, enquanto que o fundamento da *wrongful birth action* consiste, como regra, na perda de uma chance de realização do aborto, o fundamento da *wrongful conception action* é a própria concepção indevida, diante da falha dos meios empregados, já que a gravidez estava sendo evitada pelo emprego da esterilização ou pelo uso de contraceptivo (HOLANDA, 2017). Não obstante essa característica, há quem inclua a falha no processo de aconselhamento genético pré-conceptivo como uma espécie de *wrongful conception* (SOUZA, 2014).

Mahoney (2006) aponta o relativo consenso na literatura norte-americana em considerar que a *wrongful birth action* envolve, dentre outras situações, a falha em testes genéticos durante a fase pré-natal, da qual decorre o nascimento indevido de uma criança deficiente⁴¹. Resta, ainda segundo a autora, à *wrongful conception action* discutir os casos em que a própria gravidez vinha sendo evitada através da realização de cirurgias esterilizantes ou do uso de produtos contraceptivos. Nesse caso, a ação fundamenta-se na responsabilidade civil pela falha no procedimento ou pelo vício do produto, que tenha dado causa a uma gestação indesejada⁴².

Em que pese a relevância teórica de todas as categorias de *wrongful actions* aludidas, a presente investigação centra-se apenas na análise da *wrongful birth action*, dado o propósito da pesquisa, que é o de averiguar a responsabilidade civil do(a) profissional da medicina, perante os genitores, pelo nascimento indevido de um(a) filho(a), em decorrência de erro no DGPI, que tenha resultado na transferência para o útero da mulher de um embrião “não-saudável”. Esse

⁴¹ Murtaugh (2007) e Hensel (2005) utilizam o termo *wrongful birth action* para denominar, de modo diverso, o tipo de ação movida por pais de filhos(as) indesejados, independentemente de serem estes(as) sadios(as) ou possuírem alguma deficiência.

⁴² Segundo Duarte (2017, p.15), “[...] se há um nascimento desejado, mas indevido por virtude da deformação que afeta a criança, cairemos no âmbito da *wrongful life* ou do *wrongful birth*, consoante o autor da ação; se o nascimento é indesejado e a criança é sã estaremos perante uma ação de *wrongful conception*”, o que é corroborado na obra de Grobe (1992). Todavia, ressalva-se que, para Holanda (2017), o eventual nascimento de uma criança deficiente como decorrência da falha de métodos contraceptivos ou da cirurgia esterilizante não descaracteriza a *wrongful conception action*, porque, de todo modo, está em jogo a violação à liberdade de não procriar e a ocorrência de uma gravidez igualmente indesejada, independentemente de a criança ser ou não saudável. Não seria possível, então, subsumir tal evento à pretensão discutida na *wrongful birth action* pelo mero fato de sobrevir o nascimento de criança deficiente, pois nessa ação é necessário que o nascimento da criança deficiente tenha sido indevido, diante da perda da chance de abortá-la em momento oportuno.

recorte também se faz necessário exatamente porque a *wrongful life action* não encontra aceitação na doutrina, seja em razão da dificuldade em mensurar os danos ao(a) filho(a), seja em razão da impossibilidade lógica de se avaliar o valor de sua existência e de se comparar a vida com deficiência com a não-existência do(a) filho(a)⁴³.

Note-se, então, que a hipótese suscitada se amolda a circunstâncias análogas àquelas com as quais se ocupa a *wrongful birth action*⁴⁴. Isto é, trata-se de situação em que o casal buscou o DGPI objetivando uma gravidez, porém de um bebê livre de determinada doença genética ou cromossômica, sobrevivendo, contudo, o nascimento indevido de criança deficiente, em razão de falha na realização do exame. Em se tratando de pleito fundamentado na perda de uma chance – dessa vez, a perda da chance de escolher transferir ou não o embrião com aquela doença que se buscava evitar –, é possível considerá-lo perfeitamente como um tipo de *wrongful birth action*, tal como será demonstrado em seguida.

3.4 A VIABILIDADE DA *WRONGFUL BIRTH ACTION* PARA OS CASOS DE FALHA DO DGPI

A identificação de determinada condição genética, para além dos diagnósticos pré-natais, pode ser feita, na atualidade, antes mesmo de o embrião ser implantado no útero materno. Conforme aponta Holanda (2012, *on-line*), a opção pela procriação artificial permite o “[...] emprego do DGPI para seleção de embriões saudáveis [...]”, através do devido rastreamento de determinadas doenças genéticas ou cromossômicas.

Não obstante, é possível, nesses casos, a ocorrência de falha no exame, com a consequente implantação de um embrião “não-saudável” – com aquela exata doença que se buscava evitar. Nessa situação, como dito antes, é viável o ajuizamento da *wrongful birth action*, dado que, assim como ocorre com a perda da chance da realização do aborto, a falha do DGPI também gera um nascimento indevido (ALMEIDA, Marcelynne, 2018). Tem-se, aqui, uma atualização do instituto da *wrongful birth action* que visa a atender “[...] ao dinamismo com que novos bens tuteláveis são desvelados pela sociedade moderna” (SILVA, R. 2015, p. 379). Nesse sentido, assevera Marcelynne Almeida (2018, p. 69):

Como a doutrina do *wrongful birth* também recebeu atualizações em função da reprodução assistida, e considerando que o DGPI surgiu como método para

⁴³ Sobre a inviabilidade da *wrongful life action*, vide Frada (2016).

⁴⁴ Para Wevers (2010), nem mesmo se poderia empregar os preceitos da *wrongful conception action* ao DGPI, porque, em tais casos, a gravidez era desejada, o que se supõe da própria opção pela técnica de reprodução assistida. Esse entendimento é também adotado nesta pesquisa.

evitar futuras interrupções voluntárias de gravidez, a *wrongful birth action* passou a remeter-se também a um direito dos genitores de planejar a família no que tange à saúde dos filhos: não indica apenas a perda da oportunidade de realizar um aborto, mas a perda da oportunidade de engravidar de filho sem gene portador de determinada doença ou anomalia; destarte, em países onde o aborto não é descriminalizado, como o Brasil, a doutrina persiste principalmente no viés do diagnóstico pré-implantacional de embriões.

No Brasil, as discussões doutrinárias sobre as *wrongful actions* ainda são muito escassas, e os julgados, quando existentes, centram-se meramente na análise de concepções indevidas. Provavelmente, a proibição legal para realização do aborto torna o tema desinteressante para boa parte da doutrina, muito embora o assunto permaneça sendo importante. Kfoury Neto (2007, p. 34-35) assevera que “[...] na hipótese de a lei futura permitir a interrupção da gravidez, devido a grave anomalia fetal – como propõem alguns legisladores – a ação de *wrongful birth*, certamente, surgiria também aqui”. Acrescenta ainda o autor que, enquanto a prática do aborto encontrar severa restrição no país, aquela reclamação careceria de suporte legal⁴⁵. Vale registrar, contudo, que, dada a licitude do aborto nos casos de anencefalia⁴⁶, a *wrongful birth action* é perfeitamente viável nessa situação. As hipóteses de aborto legal podem, inclusive, aumentar, caso o Supremo Tribunal Federal passe a permitir o aborto em situações de microcefalia⁴⁷.

Mesmo nos casos de DGPI, alguns doutrinadores consideram que não caberia uma ação por nascimento indevido, posto que o aborto é proibido no Brasil. O cerne da discussão reside na impossibilidade lógica de arguir a perda da chance de abortar, quando o aborto (por razões de constatação de uma doença genética ou cromossômica) não é considerado um direito

⁴⁵ Sobre a viabilidade das demandas por nascimento indevido no ordenamento jurídico brasileiro, nos casos de atuação do(a) médico(a) que priva os genitores de interromper a gravidez de um nascituro doente ou deficiente, quando verificada a inviabilidade da vida extrauterina, vide Souza (2014).

⁴⁶ O Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF (BRASIL, 2012, *on-line*), julgou procedente a licitude do aborto no caso de feto anencéfalo, passando a reconhecer o direito de escolha da gestante, que poderá optar pelo aborto, bastando apenas a autorização médica nesse sentido. A justificativa para tal posicionamento é a impossibilidade de vida-extrauterina, o que implica dizer que o bem jurídico “vida” não estaria sendo violado. Ademais, em sendo a morte do feto inevitável, não se mostra razoável impor à gestante o sofrimento de aguardar o término normal da gestação. Em seguida, a Resolução n. 1.989/2012 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012) fixou os critérios para o diagnóstico da referida condição e para a consequente opção da gestante pela interrupção da gravidez.

⁴⁷ Recentemente, foi proposta, em 2016, pela Associação Nacional dos Defensores Públicos a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.581/DF, no sentido de promover a legalização do aborto para as gestantes que foram infectadas pelo vírus da *zika*, haja vista a associação entre o vírus e o posterior nascimento de bebês com microcefalia – má-formação congênita que prejudica o desenvolvimento do cérebro da maneira adequada. Na referida ação, foi requerido o não enquadramento da interrupção de uma gravidez nesses moldes na tipificação de aborto constante no Código Penal, seja pela incidência de excludente de ilicitude genérica, seja pela caracterização de aborto humanitário (fruto da omissão estatal em prevenir a difusão do vírus) ou ainda de aborto necessário (fruto da situação de perigo de dano à saúde da gestante infectada). A análise do mérito dessa ação ainda está, entretanto, pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, razão pela qual o seu acompanhamento pode ser acessado no portal eletrônico do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2016).

juridicamente reconhecido no país⁴⁸. De fato, havendo falha no DGPI e uma vez transferido para o útero da mulher o embrião com uma doença genética ou cromossômica, não é possível a realização do aborto terapêutico, por expressa proibição legal. É inegável, contudo, que esse nascimento não deixa de ser indevido, já que a realização do DGPI é lícita e a sua contratação é feita exatamente para evitar esse tipo de situação.

Registre-se que, no caso de falha no DGPI, o fundamento da *wrongful birth action* não seria a perda da chance de realização do aborto, mas sim a violação do direito de procriar em liberdade (ALMEIDA, Maria, 2013). Isto é, trata-se de pretensão movida pelos pais, tendo em vista a perda da possibilidade de escolha entre a implantação ou não dos embriões diagnosticados com uma doença genética ou cromossômica, sendo ambas opções resguardadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Corroborando com a relevância de se responsabilizar civilmente o(a) médico(a) pela falha no DGPI, Macía Morillo (2018) afirma que a pretensão dos pais pelo nascimento indevido de filho(a) com determinada enfermidade que se buscava evitar, após a falha na realização daquele exame, equivaleria à *wrongful birth action* no contexto de falha no DGP. É o que entende Souza (2014, p. 126), quando afirma que as demandas por nascimento indevido podem ser admitidas no Direito Brasileiro na hipótese de “[...] erro médico que gera a implantação de um embrião doente ou deficiente, o que poderia ter sido evitado”.

Não obstante a tímida discussão nacional sobre o tema, a doutrina portuguesa já se alinha no sentido de reconhecer a viabilidade de atualizar a doutrina da *wrongful birth action*, afirmando se tratar de ação de responsabilidade médica oriunda do aconselhamento genético defeituoso, ainda que no âmbito do DGPI (DUARTE, 2017; SILVA, S., 2015). Como refere Raposo (2010, p. 63), “[...] embora até à data os processos de *wrongful life* se insiram no contexto de uma reprodução sexual, supomos que passarão a ser muito frequentes nos casos de procriação medicamente assistida (PMA), sobretudo quando teve lugar um DGPI”⁴⁹. Por óbvio, a única ressalva, para a autora, é a de que não se cogita, nesse caso, a perda da oportunidade de abortar, uma vez que a gravidez nem mesmo teve seu início.

⁴⁸ Nos Estados Unidos, o caso *Roe v. Wade*, que afirmou o direito de abortar como um direito fundamental, em 1973, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, impulsionou o reconhecimento da *wrongful birth action* (ESTADOS UNIDOS, 1973).

⁴⁹ Adota-se, no presente trabalho, o posicionamento incutido no Acordo Ortográfico de 1990, vigente no Brasil desde 2009, no sentido da unificação da língua portuguesa, razão pela qual os trechos de obras transcritos originalmente no português lusitano prescindem de tradução, uma vez que as diferenças gráficas não comprometem a compreensão do texto escrito. De toda sorte, ao longo do trabalho, serão identificadas em *sic* as palavras cuja grafia difere-se do português brasileiro, somente no intuito de facilitar a percepção do leitor.

Ademais, as Cortes estrangeiras já foram provocadas a decidir sobre a matéria, o que contribui para o fornecimento de uma base para a construção jurídica – ainda em formação – acerca da viabilidade na propositura da *wrongful birth action* no ordenamento jurídico brasileiro. A exemplo, cita-se o caso apreciado pela Corte Distrital de Nova Jersey (NOVA JERSEY, 2011), haja vista o ajuizamento de ação de responsabilidade civil médica por Chaya e Menachem Grossbaum contra a clínica de fertilização *Genesis Genetics Institute* e a *New York University School*, alegando a negligência dos réus em realizar o DGPI, o que teve por resultado a implantação de embrião com a mutação genética conhecida como fibrose cística. Por serem portadores do gene que comporta a mutação genética favorável ao desenvolvimento da doença, os genitores buscaram o método de fertilização *in vitro* com a finalidade única de impedir que a futura prole fosse concebida com fibrose cística, o que não ocorreu.

Em março de 2004, o casal consentiu que a clínica realizasse o DGPI, enquanto que a transferência dos embriões “saudáveis” seria realizada pela Universidade. Em seguida, após a realização do exame, concluiu-se pela existência de três embriões em condições de implantação, tendo a Universidade procedido à implantação de dois deles. Todavia, a despeito do que foi informado ao casal, dos dois embriões implantados, um deles portava o gene que continha a mutação genética favorável ao desenvolvimento de fibrose cística, razão pela qual a filha do casal padece daquela doença. Por isso mesmo, a demanda dos pais visava a responsabilização dos réus pelo grave sofrimento emocional suportado, bem como pelas despesas extraordinárias destinadas aos cuidados da criança e ao tratamento da doença.

Consoante afirmado pela Corte, a pretensão movida pelos genitores assemelha-se à *wrongful birth action*, na medida em que também se está diante do nascimento indevido de um(a) filho(a), apesar de que, nesse caso, não se alega o direito a interromper a gravidez, mas sim o fato de que não teriam os genitores optado pela implantação dos embriões, caso tivessem sido corretamente informados. Nessas circunstâncias, os demandantes alegaram, então, a perda de uma escolha reprodutiva, em decorrência da negligência médica que os privou de exercer uma escolha informada sobre o destino dos embriões (declinar ou não os serviços da clínica de fertilização). Entretanto, dado o reconhecimento da prescrição da pretensão que cabia aos genitores, a Corte não se debruçou sobre a sua viabilidade jurídica (mérito da ação).

Observe-se, então, ante as conclusões acima esposadas, que a *wrongful birth action*, fundada na falha ao realizar o DGPI, está na iminência de chegar ao judiciário brasileiro. Tendo em vista, assim, o propósito sancionador e educativo dessas ações, com o potencial de “[...] tornarem [os profissionais de saúde] mais conscientes e peritos na aplicação das técnicas médicas [...]” (SOUZA, 2014, p. 107), cumpre, no presente trabalho, antecipar a aceitabilidade

jurídica dessas demandas. Sendo assim, na atualidade, “[...] tais questionamentos emergem, em razão da evolução da ciência médica, e o Direito não pode fechar os olhos para essa realidade” (SOUZA, 2014, p. 119). As especificidades desse tipo de demanda serão abordadas no próximo capítulo.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTATÓRIO: UM CASO DE *WRONGFUL BIRTH ACTION*

Este capítulo tem o objetivo de investigar se os pressupostos para a responsabilidade civil estão presentes nos casos de falha no DGPI, ocasionando o nascimento indevido de uma criança com uma doença genética ou cromossômica que o exame deveria ter detectado. Vislumbrada a possibilidade de aplicar a doutrina da *wrongful birth action* a essa hipótese, lida-se atualmente com um novo conjunto de dilemas ético-jurídicos cujos limites ainda não foram traçados, haja vista a omissão normativa brasileira no que se refere à disciplina do exame estudado, além do tímido avanço da jurisprudência pátria na apreciação da matéria. Em síntese, busca-se esclarecer os dilemas que pairam sobre o tema e encontrar, ao final, a solução jurídica mais viável e compatível com os ditames do ordenamento jurídico nacional.

4.1 UMA BREVE ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

Os pressupostos da responsabilidade civil decorrem da conjugação dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil (BRASIL, 2002), *in verbis*:

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.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Pela leitura dos dispositivos, depreende-se que uma série de pressupostos devem ser cumulativamente preenchidos para fins de responsabilização civil do agente, sendo eles os seguintes: 1) conduta humana voluntária (ação ou omissão); 2) culpa *lato sensu*; 3) ilicitude (violação do direito de outrem); 4) dano (moral ou material); e 5) nexo de causalidade entre a conduta e o dano (ANTUNES VARELA, 2003). Todos esses pressupostos, como regra, devem estar presentes tanto na responsabilidade civil contratual, como na responsabilidade civil

aquiliana. A diferença, conforme já elucidado, é que o pressuposto “culpa” é presumido na responsabilidade contratual.

O primeiro pressuposto básico é a conduta humana, controlável pela vontade (ANTUNES VARELA, 2003). Nas palavras de Souza (2014, p. 95), “[...] pode-se conceituar a conduta humana necessária à responsabilidade civil como positiva, ação (comissão), ou negativa, omissão, guiada pela vontade do agente, que gera dano ou prejuízo a outrem”.

O segundo pressuposto constitui a culpa, em sentido amplo ou restrito. De um lado, a culpa, em sentido amplo, associa-se à reprovabilidade de determinada conduta. De outro lado, a culpa em sentido estrito abrange a imperícia, a negligência e a imprudência, e é suficiente para gerar a obrigação reparatória (HOLANDA, 2012).

O ponto de partida da culpa em sentido estrito é a violação de uma norma de conduta por inobservância ao dever de cuidado, sendo necessário, para aferi-la, definir o comportamento esperado na situação concreta, segundo as regras de diligência (CAVALIEIRI FILHO, 2019). Havendo desconformidade entre a conduta do agente e o comportamento diligente esperado, entende-se que ele agiu negligentemente. Sendo assim, a negligência – que importa para o presente trabalho – caracteriza-se pela falta de cuidado ou pela omissão dos deveres que as circunstâncias exigem (SCHAEFER, 2012).

Registre-se, mais uma vez, que na responsabilidade contratual a culpa é presumida, de forma que cabe ao autor da lesão provar o caso fortuito ou a força maior para excluir a responsabilidade civil. Já na responsabilidade aquiliana, cabe à vítima a prova da culpa do agente.

O terceiro pressuposto da responsabilidade civil é a ilicitude (violação do direito de alguém). Na responsabilidade contratual, o direito violado caracteriza-se como o próprio direito de crédito objeto do contrato. Da mesma forma, a responsabilidade aquiliana também exige a demonstração da violação de um direito (LEITÃO, 2016)⁵⁰. Nesse sentido, para fins de

⁵⁰ Para Sinde Monteiro (2005), a ilicitude enquanto violação a um direito de outrem somente se evidencia quando há violação a um direito subjetivo absoluto (direito de propriedade ou direito da personalidade). Há, todavia, quem considere que, no âmbito da responsabilidade aquiliana, a ilicitude também é caracterizada pela existência de violação de direito de crédito - direito relativo. Trata-se da chamada “eficácia externa das obrigações”, também conhecida por “teoria do terceiro cúmplice”, suscitada na doutrina brasileira e no direito comparado. Essa teoria, fundamentada na boa-fé e na função social do contrato, propõe a responsabilização civil extracontratual do terceiro que intervenha ilicitamente no cumprimento da obrigação contratual por parte do devedor. A ilicitude estaria caracterizada, portanto, através da violação ao dever geral de abstenção oponível à coletividade, a quem competiria respeitar o crédito alheio e não interferir naquele contrato. No direito brasileiro, ressalte-se que as controvérsias são resolvidas aplicando-se, via de regra, a teoria do abuso de direito, sob a premissa de que há, em tais casos, o abuso no direito do terceiro de contratar. Não é objeto do presente trabalho, todavia, aprofundar tal debate, pelo que se remete o leitor às seguintes obras: Enes (2015), Figueiredo (2008) e Nazar (2009).

responsabilização civil, o suposto lesado deve demonstrar, cabalmente, qual direito foi violado pela conduta do agente. Ainda, de acordo com o art. 187 (BRASIL, 2002) do Código Civil, o abuso de direito também constitui uma ilicitude, gerando uma responsabilização objetiva (regime próprio de responsabilidade civil)⁵¹.

A ilicitude constitui, assim, “[...] um ato material (ato ou omissão) que, infringindo dever legal ou contratual, causa dano a outrem” (LEITE, 2009, *on-line*). Nesse sentido, leciona Gonçalves (2010) que a ilicitude é constatada a partir da infração ao dever legal de não violar direito e de não lesar outrem - art. 186 do Código Civil (BRASIL, 2002). Já Loureiro (2010, p. 247) leciona:

[...] quando a pessoa faz alguma coisa vedada pela lei, ou se abstém quando a norma legal exige uma conduta ativa, há violação do direito e, conseqüentemente, a prática de um ato ilícito. Logo, o ato ilícito pode ser conceituado como a conduta ativa ou omissiva que viola uma norma jurídica e causa prejuízo a outrem. Em outras palavras, é o ato contrário à ordem jurídica e que viola direito subjetivo individual.

Aplicando-se tal definição à seara da responsabilidade civil contratual, tem-se que a ilicitude é caracterizada pelo descumprimento de dever contratualmente assumido, de que resulta a violação a um direito da outra parte, causando-lhe danos. A violação de um direito é, portanto, indispensável a sua configuração.

A ocorrência de um dano, como resultado da violação a direito de outrem, é outro requisito para a verificação da responsabilidade civil contratual, capaz de fundamentar eventual pedido de indenização pela lesão sofrida, cujo intuito precípua é o de obter-se a reparação do prejuízo suportado (HOLANDA, 2012). Segundo Pádua (2008, p. 171), o dano constitui, portanto, “[...] o prejuízo, a alteração que gera desconforto e insatisfação para quem o suporta, a lesão causada a bens e/ou direitos da vítima por ação ou omissão de outrem, gerando perda ou diminuição desse bem ou direito”. Será patrimonial quando afetar interesse patrimonial do lesado, e moral, quando a ofensa se direcionar a interesses extrapatrimoniais.

É necessário, finalmente, que exista um liame entre o dano e a conduta humana imputável ao agente, entendido como o nexo de causalidade. Com efeito, “[...] diante de uma conduta humana ilícita, comissiva ou omissiva, culposa em sentido amplo ou não, da qual decorre direta ou indiretamente um dano, material ou pessoal, haverá obrigação de repará-lo ou compensá-lo, imputada, portanto, responsabilidade civil” (SOUZA, 2014, p. 99).

⁵¹ Por não ter relação com o presente trabalho, a teoria do abuso de direito não será, aqui, aprofundada.

Observe-se, ante o exposto, que a responsabilidade civil contratual possui como objetivo primordial a reparação ou a compensação do dano causado ao lesado, fazendo-o retornar, quando possível, ao estado em que se encontrava antes do evento lesivo. Da mesma forma, na seara médica, a indenização por responsabilidade civil do(a) médico(a) deve tentar reparar ou compensar o dano causado ao(à) paciente em decorrência de falha médica, servindo o valor indenizatório ao propósito de punir a conduta antijurídica e de estimular, por conseguinte, o comportamento prudente e cauteloso com seus(suas) pacientes (SCHAEFER, 2012). Resta, portanto, elucidar os pressupostos para ensejar tal responsabilidade médica.

4.2 OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL NA *WRONGFUL BIRTH ACTION*

A partir deste momento, cumpre examinar o sistema de reparação civil brasileiro, notadamente quanto aos requisitos necessários à imputação de responsabilidade do(a) médico(a) pelo nascimento indevido de um(a) filho(a), oriundo de defeito no aconselhamento genético pré-implantatório do embrião. Aqui, serão analisados os quatro primeiros pressupostos, reservando-se o pressuposto “dano”, em razão de sua maior complexidade, para estudo em apartado.

4.2.1 Da conduta humana voluntária

A conduta humana voluntária pode ser comissiva ou omissiva. Entretanto, “[...] a omissão só é capaz de gerar danos e, por conseguinte, a indenização, quando há um dever jurídico de praticar um ato” (HOLANDA, 2012, *on-line*). Por sua vez, o dever jurídico que impõe o comportamento comissivo do agente pode decorrer tanto da lei como de um contrato.

Na doutrina tradicional relativa à *wrongful birth action*, a conduta omissiva do(a) médico(a) consiste na ausência de um diagnóstico de anomalia fetal ou na falta de informação sobre este. Nesse caso, a omissão corresponde ao descumprimento de dever jurídico decorrente do contrato celebrado com o(a) paciente(a), cuja finalidade é salvaguardar a saúde do nascituro, assegurando o resultado seguro dos exames. Portanto, em sendo a conduta comissiva – diagnóstico correto e informação adequada sobre a anomalia fetal – contratualmente assumida pelo(a) médico(a), o dever de agir, nesses casos, torna-se obrigatório, e a omissão médica constitui ato capaz de gerar danos (HOLANDA, 2012).

No caso do DGPI, o descumprimento contratual se opera, conforme já restou assentado, tanto na ausência de informação sobre o diagnóstico da doença genética ou cromossômica quanto na hipótese de falha na interpretação dos resultados. Em síntese, o ato médico causador do dano será a avaliação errônea dos resultados ou a falta de informação sobre esses (RAPOSO, 2010; SOUZA, 2014).

O dever jurídico que impõe um ato comissivo pelo(a) médico(a), na hipótese, também decorre do contrato celebrado com o(a) paciente, obrigando-o a interpretar corretamente os resultados e a advertir os(as) pacientes sobre a identificação de doença genética ou cromossômica no embrião. É o que se espera, afinal, da prestação de serviço contratada para atender ao propósito específico de fundamentar uma escolha reprodutiva, tornando os(as) pacientes cientes da constituição genética dos embriões.

A atuação diligente do(a) médico(a) durante a realização do DGPI – seja ao valorar ou ao informar os resultados – adquire, pois, fundamental relevância, uma vez que se trata de exame que objetiva o controle prévio de doenças genéticas e cromossômicas (MACÍIA MORILLO, 2003). Afinal, o objeto do contrato foi justamente um diagnóstico correto e preciso sobre a existência ou não de determinada doença genética ou cromossômica no embrião, pelo que um eventual erro de diagnóstico ou a própria ausência do diagnóstico pretendido enquadram-se perfeitamente no pressuposto “conduta voluntária” do agente.

4.2.2 Da culpa

Cavaleri Filho (2019, *on-line*) leciona que, no seio da responsabilidade civil contratual, “[...] a aferição da culpa deve ser feita com base na obrigação assumida pelas partes no contrato, e, nesse mister, a questão principal é saber se o contrato gera obrigação de meio ou de resultado”.

Conforme sinalizado no capítulo anterior, na completa ausência da prestação de um serviço contratado, a culpa é presumida. Quanto, contudo, o serviço é prestado, mas de forma insatisfatória, a questão da culpa dependerá da natureza da obrigação assumida, se de meio ou de resultado. Sendo assim, o ônus probante da culpa no âmbito da obrigação de meio – mais comum na seara médica – reside na própria vítima, a quem compete “[...] produzir a prova de sua existência e da relação entre a lesão e os serviços prestados [...]” (PÁDUA, 2008, p.186). De outra banda, quando se está diante de uma obrigação de resultado, a culpa profissional é presumida, dispensando-se a sua comprovação pelo lesado.

Com razão, as obrigações assumidas pelo(a) médico(a) na *wrongful birth action* decorrem do contrato médico firmado com o(a) paciente, fazendo-se necessário determinar se constituem obrigações de meio ou de resultado. Nesse sentido, Holanda (2012, *on-line*), acertadamente, assevera que “[...] a realização de exames com o consequente diagnóstico constitui uma obrigação de resultado [...]”, na medida em que “[...] o médico se compromete a apresentar um resultado e não em empenhar os esforços necessários para a leitura do exame”.

Por isso mesmo, nos casos de incorreção no diagnóstico ou de falta de informação sobre este, o descumprimento contratual faz presumir a culpa do(a) profissional, uma vez que o fornecimento de resultados seguros no âmbito dos diagnósticos pré-natais constitui uma obrigação de resultado. O ônus da prova será, então, invertido, cabendo ao(a) médico(a) comprovar a inexistência de culpa ou a impossibilidade de produzir o resultado exigido, devido à ocorrência de caso fortuito ou à força maior.

Da mesma forma, e consoante as conclusões perfilhadas no capítulo anterior, a não obtenção do diagnóstico correto, após a realização do DGPI, demonstra que o resultado esperado e preestabelecido contratualmente – a apresentação de informações seguras sobre a condição genética do embrião – não foi alcançado satisfatoriamente, presumindo-se, portanto, a culpa profissional. Trata-se, como já dito, de obrigação de resultado o fornecimento de um diagnóstico correto sobre a doença que buscava evitar. Também entendido como obrigação de resultado, o dever de informar o diagnóstico obtido com aquele exame consubstancia o exato objeto do contrato celebrado, cujo desrespeito também importa em descumprimento contratual, sem que se impute ao(a) paciente o ônus de provar a culpa médica.

Dessa forma, e à exceção dos demais pressupostos da responsabilidade civil do(a) médico(a) – cuja comprovação compete ao lesado –, a culpa, em relação ao contrato de aconselhamento genético pré-implantatório, é presumida em face do descumprimento das obrigações de resultado assumidas pelo(a) médico(a).

4.2.3 Do nexo causal

De acordo com a teoria da causalidade adequada, comumente adotada no ordenamento jurídico pátrio, somente haverá nexo causal se, retirada a conduta ilícita do agente, o dano deixar de ser visualizado, em uma verdadeira relação de causa e efeito. A definição de causa é fornecida por Cavalieri Filho (2019, *on-line*), ao assinalar que aquela constitui “[...] o antecedente não só necessário, mas também adequado à produção do resultado”.

Passa-se, assim, a analisar o raciocínio incutido naquela teoria, a fim de determinar se existe nexo de causalidade entre a conduta médica omissiva e o suposto dano causado ao(à) paciente na vertente tradicional da *wrongful birth action*. Para tanto, ressalte-se que somente há uma relação de causalidade adequada entre a conduta e o dano quando, de acordo com o curso normal das coisas, o ato ilícito praticado pelo agente esteja apto a produzir a lesão sofrida pela vítima (CAVALIEIRI FILHO, 2019). Segundo o autor, deve-se perquirir, então, se a ação ou a omissão era, por si mesma, capaz de normalmente causar o dano.

É curial, pois, verificar se a falta cometida pelo(a) médico(a), ao descumprir a obrigação contratual de informar ao(à) paciente o resultado do exame ou ao deixar de diagnosticar corretamente uma anomalia fetal, é a causa adequada do dano alegado pelos pais (RAPOSO, 2010). Em se tratando de nascimento indevido, o comportamento do(a) médico(a) não gerou a enfermidade propriamente, cuja origem antecede a própria conduta médica – remetendo-se ao início da vida pré-natal. Logo, o dano alegado pelos pais em uma demanda dessa natureza não é precisamente a doença do(a) filho(a) nascido(a) indevidamente, pois, como se observa, o(a) médico(a) não deu causa a qualquer anomalia fetal.

Em verdade, para fins de determinar o nexo causal, note-se que o dano relaciona-se com a privação da faculdade da genitora de exercer uma escolha reprodutiva, tendo em vista o desconhecimento do estado de saúde do feto. A conduta médica omissiva é, portanto, determinante para a ocorrência do dano experimentado pela genitora, na medida em que, não fosse aquela conduta, a gestante teria tido a oportunidade de interromper a gravidez, evitando com isso o sofrimento e os custos com o sustento do(a) filho(a) (HOLANDA, 2012).

Sob a perspectiva da causalidade adequada, a omissão médica configura ato relevante e capaz de normalmente produzir dano dessa natureza, porquanto havia para o(a) profissional da medicina o dever jurídico de agir. Com o correto diagnóstico, ter-se-ia evitado a produção do dano, possibilitando, assim, a oportunidade de a gestante tomar uma decisão informada sobre o aborto e de evitar o nascimento indevido do(a) filho(a).

Por sua vez, em se tratando de falha no DGPI, a conduta médica que determina a ocorrência do suposto dano é a falha em detectar a doença ou a ausência de informação sobre esta. Percebe-se, nesse sentido, que o comportamento omissivo do(a) profissional da medicina impede que os genitores disponham de toda a informação relevante para decidir livremente sobre transferir ou não, para o útero, o embrião com a doença detectada, resultando na privação de sua liberdade de (não) procriar.

A pretensão de *wrongful birth* é movida pelos pais, nesses casos, tendo em vista a perda da possibilidade de escolha livre e consciente sobre a implantação dos embriões, em razão do

desconhecimento sobre a enfermidade que os acometia. Isto é, quando um casal se utiliza do DGPI, o faz justamente para asseverar o nascimento de um(a) filho(a) “saudável”, realizando a seleção de embriões livres de determinada doença genética ou cromossômica - procedimento este plenamente lícito, vale dizer. Caso estivessem cientes da real condição genética do embrião, os(as) pacientes teriam, então, optado por não transferir este embrião.

Sendo assim, a omissão médica, que importa na violação do dever jurídico contratual de detectar a doença genética ou cromossômica e de informá-la aos(as) pacientes, é uma conduta apta a produzir, por si mesma, e de acordo com as regras normais da experiência, a privação acima aludida, o que gera um nascimento indevido. Resta satisfeito, por conseguinte, o requisito exigido pela teoria da causalidade adequada.

Há quem sustente, todavia, que, não fosse a omissão médica, um embrião diferente e “saudável” teria sido implantado, sem que se possa atribuir à conduta do(a) profissional a produção de qualquer resultado lesivo (WEVERS, 2010). No entanto, tal raciocínio não merece prosperar, uma vez que, cientes do correto diagnóstico da doença, os(as) pacientes poderiam ter optado por não transferir embrião algum, sequer dando-se ensejo a uma gravidez.

Ademais, há que se reconhecer que, caso inexistisse a falha ao interpretar ou ao informar os resultados obtidos com a realização do DGPI, a consequência lógica jamais poderia ser o nascimento de uma criança “saudável”, pois tal resultado seria impossível. Com razão, ao(a) médico(a) é imputada a responsabilidade pela não constatação de doença incurável que, de toda sorte, já acometia os embriões na fase extrauterina. Portanto, uma vez advertidos sobre o diagnóstico de determinada enfermidade irremediável, sobrevém para os pais a opção de prosseguir com a implantação de embriões não “saudáveis” ou de simplesmente não implantá-los.

Sendo assim, é evidente que o comportamento omissivo do(a) profissional da saúde, que tem como consequência a formulação de um diagnóstico errôneo ou a não comunicação do diagnóstico obtido, repercute diretamente na privação da faculdade que possuem os(as) pacientes de escolher uma dentre aquelas opções, comprometendo a liberdade de (não) procriar. A falha no DGPI, ao impedir os(as) pacientes de receber a informação necessária à tomada de decisão livre e consciente, constitui-se, portanto, como causa adequada à produção do resultado danoso.

Retornando à análise da *wrongful birth action* em sua vertente tradicional, e ainda no que se refere ao nexo de causalidade, há quem argumente que a conduta médica (falha ou erro de diagnóstico em exame pré-natal) não constitui a causa real/concreta da anulação da chance de abortar. Trata-se do chamado argumento da causalidade virtual, para o qual, considerando

que a decisão acerca do aborto sempre leva em conta fatores religiosos, morais, ideológicos, familiares e econômicos, não seria possível afirmar, categoricamente, que o nascimento não teria ocorrido, ainda que diante de um diagnóstico correto.

Em outras palavras, será que a mulher teria realmente escolhido abortar diante da correta constatação da má-formação fetal? Em se tratando de DGPI, a pergunta seria: será que os pais realmente teriam deixado de transferir o embrião com a doença genética ou cromossômica? Por essa lógica, a imputação de responsabilidade civil ao(à) médico(a) dependeria, em primeiro lugar, da determinação de que sua conduta omissiva configura a “causa adequada” da perda da oportunidade de abortar, e, em segundo lugar, da verificação sobre se a mulher teria escolhido fazê-lo.

No caso *Tomás C. G. e María Dolores R. C. contra Joaquín V. M. e Seguro social*, julgado pelo Superior Tribunal Espanhol em 2002 (MEDINA, 2008), María Dolores e seu marido ajuizaram demanda buscando receber uma indenização pelos danos decorrentes do nascimento indevido de criança com Síndrome de Down, mesmo após terem procurado uma médica ginecologista precisamente para assegurarem-se de que o feto não portava qualquer deficiência. A médica, por sua vez, ainda que ciente do temor da gestante de, em razão da sua idade, dar à luz a criança com deficiência, não lhe informou sobre a existência de exames capazes de detectar a presença de anomalias no feto, além de ter afirmado a inexistência de problemas na gestação.

Por ocasião do julgamento, a Corte julgou improcedente o pedido movido pelo casal, sob o fundamento de que não havia um dano real, bem como pela inexistência de nexo de causalidade entre a inobservância do dever de informar e o nascimento indevido do filho. Para a Corte espanhola, não havia o nexo de causalidade “[...] principalmente por não ter como se aferir, no caso concreto, a real decisão dos demandantes, pela interrupção ou não da gravidez, caso houvesse a informação do diagnóstico” (SOUZA, 2014, p. 68).

Esse argumento, entretanto, não merece prosperar. Com razão, na *wrongful birth action* a comprovação de que teria a genitora optado pelo aborto é dispensada, na medida em que o dano se constitui como a própria perda da oportunidade de realizar uma escolha reprodutiva. Não é necessário, portanto, perquirir qual teria sido a sua real decisão, sob pena de descaracterizar a doutrina da perda de uma chance.

Cavaliere Filho (2019, *on-line*) assevera, nesse mesmo sentido, que “[...] a perda de uma chance se caracteriza quando, em virtude de uma conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima”. Sendo assim, assumindo que o benefício futuro, na *wrongful birth action*, é a interrupção da gravidez (evento

que impediria o nascimento da criança deficiente), o dano seria, então, a oportunidade perdida de abortar, que restou frustrada por força da conduta médica omissiva. Dessa forma, o que se exige é apenas a comprovação de que, não fosse aquela conduta, o(a) paciente teria tido a possibilidade de abortar – conforme elucidado alhures –, dispensando-se qualquer demonstração de que, nessas circunstâncias, o resultado pretendido e frustrado teria ocorrido. Logo, são diferentes, para a doutrina estudada, o benefício perdido e a chance de obtê-lo.

Vicente (2009) e Macía Morillo (2003) apontam, por conseguinte, que é irrelevante comprovar qual teria sido a reação dos pais perante a informação fornecida pelo(a) médico(a) – se no sentido de abortar ou no de prosseguir com a gravidez –, que, na melhor das hipóteses, produziria reflexos apenas sobre o montante indenizatório destinado aos progenitores (RAPOSO, 2014, p. 120):

Em nosso entender, a decisão final da mãe poderá ditar, não a existência da indemnização [sic passim], mas o seu respectivo *quantum*. A diferença no quantitativo prende-se com a seguinte constatação: uma decisão final no sentido da interrupção da gravidez teria permitido evitar danos consequenciais, a surpresa que sentiram ao deparar-se com a condição da criança no momento do nascimento, o sofrimento que cada dia vivenciam ao ver a condição da criança e as despesas que esta implica. Se nenhum desses danos teria existido caso a mãe tivesse abortado, então, uma hipotética decisão nesse sentido teria evitado estes danos (que assim ficarão sem compensação), mas não o dano principal materializado na anulação da liberdade de decisão. Logo, a violação da liberdade reprodutiva poderá ser indemnizada [sic] qualquer que seja a decisão da mãe; em contrapartida, caso esta tivesse de facto [sic passim] optado por interromper a gravidez, o montante da indemnização abrangerá igualmente todos os demais danos referidos.

Observe-se que, no caso específico do DGPI, o argumento da causalidade virtual não suscita dúvidas, afinal, a presunção é de que os pais jamais teriam optado por implantar o embrião com a exata anomalia cujo desenvolvimento buscavam evitar, o que se deduz da própria finalidade do exame empregado (BERNARDI; REIS, 2013)⁵². Se fosse indiferente para os futuros genitores o fato de o embrião possuir ou não uma doença genética ou cromossômica, eles jamais teriam recorrido à utilização da RMA para fins de seleção de embrião, via DGPI. A utilização das técnicas de RMA, mormente para fins de seleção de embrião, requer, inclusive, um altíssimo investimento emocional e financeiro. Assim, repita-se, se o resultado do DGPI fosse indiferente aos(as) pacientes, não teriam eles investido tanto em tal procedimento.

⁵² Segundo Raposo (2014, p. 120), algumas pistas podem indicar qual teria sido a escolha dos pais, tais como a “[...] circunstância de ter sido requerida a realização de um teste de diagnóstico destinado a apurar a condição do embrião [...]”, o que sugere que a possibilidade de não proceder à implantação foi antecipadamente ponderada pelo casal.

Logo, a atual busca por esse procedimento guarda relação com a prevenção de transmissão de determinadas doenças à futura prole, sendo necessária, para tanto, a disponibilização de informações adequadas sobre a real constituição genética dos embriões. É fácil concluir, portanto, que a realização do DGPI tem por objetivo mesmo tornar os(as) pacientes cientes do quadro genético ora avaliado, a fim de que a decisão pela implantação seja tomada de forma consciente e livre.

Por isso, o fator crucial não é a comprovação de que os(as) pacientes não teriam procedido à implantação dos embriões, caso estivessem cientes do diagnóstico correto – comportamento este presumido, diante do propósito precípua do exame –, mas sim a demonstração de que a eles não foi dada a chance de tomar uma decisão informada sobre a implantação, como decorrência direta da omissão médica. É este, afinal, o teor essencial da doutrina do dano pela perda de uma chance: “[...] o dano realmente existente é a circunstância de a mulher ter sido privada de uma decisão pessoal e íntima decisiva, relacionada com a sua autonomia reprodutiva, desconsiderando a decisão efectiva [sic] que ela teria tomado, a qual é irrelevante para a existência do dano” (RAPOSO, 2014, p. 110).

Conclui, assim, Vicente (2009, p. 122) que, na *wrongful birth action*, o nexo de causalidade sempre estará presente, ainda que se prove que, em circunstâncias normais, a mulher grávida não teria realizado o aborto ou que o casal teria de toda forma procedido à implantação dos embriões, visto que, mesmo diante dessa situação hipotética, foi retirada a possibilidade de “[...] decidir numa direcção [sic] ou em sentido diferente do anterior”. Dessa forma, resta evidente o nexo de causalidade entre a conduta médica e o dano, tendo em vista que a omissão médica consiste na causa adequada da anulação da oportunidade que tinha o casal de tomar uma decisão livre e esclarecida sobre a implantação dos embriões.

4.2.4 Da ilicitude (dos direitos violados)

Sabe-se que, para que se configure a ilicitude na esfera médico-legal, a conduta omissiva imputada ao(à) profissional que infringe dever contratualmente assumido deve violar direito do(a) paciente. Logo, percebe-se que, na acepção tradicional da *wrongful birth action*, a ilicitude consiste no descumprimento do dever de fornecer resultados seguros para os exames clínicos realizados no feto ou ainda na violação ao dever de informar o diagnóstico obtido a partir de sua realização, deveres contratuais cujo desrespeito retira da mulher a chance de abortar, sendo o seu exercício um direito nos países em que a prática é admitida (HOLANDA, 2012). A ilicitude é constatada, então, pela violação a direitos decorrentes do próprio contrato

(direito a receber resultado seguro na realização de exames diagnósticos e direito à informação), cuja lesão ocasiona, consequentemente, a afronta ao exercício do direito de abortar, decorrente da própria lei, nos países em que a prática abortiva é juridicamente reconhecida.

Dito isso, em que consistiria, por sua vez, a ilicitude no caso de falha no DGPI? A resposta a esse questionamento pressupõe a análise dos direitos pretensamente violados. Com razão, dentre as prestações positivas assumidas pelo(a) médico(a) no seio daquele contrato, encontram-se a de fornecer resultados seguros e, igualmente, a de informar os(as) pacientes sobre a saúde genética dos embriões, o que sugere a necessidade de lhes comunicar o diagnóstico da doença genética ou cromossômica no embrião. O descumprimento desses deveres os impede, portanto, de decidir livremente sobre a descendência futura, retirando-lhes a chance de optar por não se submeter à Reprodução Medicamente Assistida.

Aqui se constata, novamente, a violação a direitos advindos do próprio contrato de prestação de serviços médicos (DGPI): direito dos(as) pacientes ao recebimento de um diagnóstico preciso e a serem informados de tal resultado ao final da realização do exame. Daí exsurge, consequentemente, a afronta ao direito à liberdade reprodutiva, reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro, o qual é violado diante da impossibilidade de os(as) pacientes optarem livre e conscientemente pela intervenção médica (RMA).

Afinal, a depender do resultado trazido pelo DGPI, os(as) pacientes podem optar pela implantação ou não dos embriões extrauterinos, sendo essa a razão da busca pelo exame. É direito de todos, por conseguinte, a livre escolha sobre intervenções relacionadas à reprodução artificial, porquanto a sua utilização vincula-se à autonomia do casal, ao qual deve-se assegurar uma escolha reprodutiva consciente e informada sobre o destino dos embriões, sob pena de se aviltar a liberdade individual durante o processo reprodutivo.

Nesse sentido, a afronta ao exercício autônomo da liberdade reprodutiva acarreta a consequente violação a direitos da personalidade, os quais compreendem a autodeterminação, a intimidade e a autonomia individual - direitos inerentes ao planejamento familiar. Sendo assim, a ilicitude é evidente, uma vez que a conduta médica omissiva fere direitos cuja tutela é abrangida pela proteção ao livre desenvolvimento da personalidade.

Caracterizados os quatro pressupostos acima estudados, passa-se à análise do “dano”, requisito exigido para a responsabilização civil do(a) médico(a) na situação de falha no DGPI, cujo resultado seja o nascimento indevido de um(a) filho(a) com determinada doença genética ou cromossômica que o exame deveria ter identificado.

4.3 DO DANO

O dano figura, conforme dito alhures, como a consequência da violação de um direito. A questão relativa à caracterização do dano e de sua extensão na *wrongful birth action* é extremamente controversa e levanta uma série de argumentos de ordem jurídica e moral. É o que se passa a estudar.

4.3.1 A devida compreensão do dano nos casos de *wrongful birth action*

Na *wrongful birth action*, ao menos em sua acepção original, a perda da chance de uma escolha reprodutiva, gerando o nascimento indevido de uma criança com deficiência, é apontada como o dano. Com efeito, não fosse a conduta médica omissiva, à gestante teria sido concedida a chance de interromper a gravidez, evitando tanto o sofrimento como os custos com o sustento do(a) filho(a) nascido(a) deficiente (HOLANDA, 2012).

Em se tratando de falha no DGPI, diante da elaboração e da interpretação de um diagnóstico equivocado ou da omissão do dever de informar aos interessados sobre esses mesmos resultados, os(as) pacientes são privados da possibilidade de exercer uma escolha reprodutiva informada. Isso porque a realização dessa escolha de forma livre e consciente era o intuito especificamente pretendido com a realização do DGPI, o qual possibilitaria ao casal tomar conhecimento de eventual enfermidade de que padecesse o embrião e, com base nisso, decidir sobre a sua implantação⁵³.

Como já demonstrado, a *wrongful birth action* também pode ser movida pelos pais nos casos de falha de DGPI, quando constatada a perda da oportunidade de evitar a implantação dos embriões com uma determinada doença genética ou cromossômica. Tal escolha está resguardada pelo ordenamento jurídico brasileiro e assegura a autonomia reprodutiva dos indivíduos no sentido de não procriar.

Afinal, considerando que o objeto do contrato somente se satisfaria com o esclarecimento do diagnóstico correto (obrigação de resultado) e que o exame atende à necessidade de prevenir o nascimento de criança enferma, é possível conceber que os(as)

⁵³ Para Raposo (2014, p. 115), tratando-se de embriões *in vitro* e do correspondente Diagnóstico Genético Pré-Implantatório, “[...] o procedimento judicial pode ser interposto por ambos os pais - em conjunto ou de forma independente - uma vez que, neste caso, a decisão pertence aos dois em igual medida. [...] Esta solução justifica-se pelo facto de a maioria das leis conhecidas sobre técnicas de reprodução assistida exigirem o consentimento de ambos os elementos do casal para proceder à transferência do embrião [...]”. O mesmo raciocínio é aplicado ao ordenamento jurídico brasileiro.

pacientes teriam optado, em circunstâncias normais, pela não implantação do embrião “não-saudável”.

Sendo assim, o dano, nesses casos, será a “[...] privação da liberdade de decisão dos pais quanto à procriação futura [...]” (ALMEIDA, Maria, 2013, p. 69), ou seja, a circunstância de terem sido privados de realizar uma decisão pessoal relacionada a sua autonomia reprodutiva, sobrevivendo o direito à consequente reparação civil. De fato, nas palavras de Souza (2014, p.124):

[...] no caso do aconselhamento genético pré-implantatório, a não informação do médico acerca da doença ou deficiência presente junto ao embrião e o mau aconselhamento genético serão condutas médicas passíveis de retirar dos genitores a autonomia para não implantar o embrião.

Tal situação enseja a correspondente responsabilização médica pelos danos materiais e pessoais experimentados (EMALDI-CIRIÓN, 2004; PINTO, P., 2008). Entrementes, da mesma forma que se reconhece, ao menos nos ordenamentos jurídicos em que a prática do aborto é legalizada, o dano pela perda da oportunidade de abortar, há que se reconhecer também que, no caso de um resultado falso-negativo no DGPI ou de falta de informação sobre o diagnóstico obtido, a conduta médica é suscetível de privar os genitores do livre exercício da liberdade reprodutiva. A falha no DGPI anula, portanto, a possibilidade de se optar, de forma consciente e informada, pela submissão ou não dos embriões à implantação no útero da mulher. É o que leciona Raposo (2014, p. 110):

Ou seja, o dano que consubstancia esta acção [sic] não é o facto de a mulher ter sido eventualmente impedida de abortar (ou de tomada de um anticoncepcional ou do descarte de um embrião *in vitro*), mas sim a circunstância de ter sido privada da avaliação da situação devidamente informada, isto é, privada do poder de decidir de forma consciente e esclarecida, de forma a exercer a sua liberdade reprodutiva.

O fundamento do dano, como observado anteriormente, é a teoria da perda de uma chance, e os danos decorrentes dessa perda podem ser tanto patrimoniais como extrapatrimoniais⁵⁴. É o que será analisado a seguir.

⁵⁴ Ressalte-se que, segundo Macía Morillo (2007), o único prejuízo a ser compensado em uma demanda de *wrongful birth* é a eliminação da possibilidade de decidir, uma vez que, qualquer dano posterior ao nascimento da criança – material ou pessoal – não pode ser imputado à conduta médica, restando prejudicado o nexo de causalidade entre eles. Contudo, adota-se no presente trabalho o entendimento de Raposo (2014, p. 109), para quem os danos patrimoniais e extrapatrimoniais na *wrongful birth action* possuem a mesma causa que o dano inicial, razão pela qual “[...] podem ser atribuídos à conduta do médico a título de danos consequentes”.

4.3.2 Dos danos morais

Quando a mulher é impedida de realizar uma escolha reprodutiva lícita, a lesão a tal direito pode resultar tanto em danos materiais como em danos morais, também conhecidos como não patrimoniais. Esses últimos estão associados, via de regra, a dor, aflição e preocupação com o(a) filho(a) (ÁNGEL YÁGÜES, 2001; HOLANDA, 2012).

Entretanto, em se tratando da *wrongful birth action*, a despeito do inegável sofrimento causado pelo nascimento do(a) filho(a) com uma deficiência, cumpre registrar que o dano moral constitui “[...] a agressão a um bem ou atributo da personalidade” (CAVALIEIRI FILHO, 2019, *on-line*). Dessa forma, a dor e o sofrimento são apenas consequência do dano moral experimentado, o qual somente se configura por ocasião da violação a um direito da personalidade que resulte na agressão à dignidade do indivíduo. Por isso mesmo, indaga-se: qual o direito da personalidade fora violado em decorrência da falha no DGPI?

De fato, os danos não patrimoniais associam-se ao próprio cerne da ação movida pelos progenitores, isto é, “[...] a violação da autodeterminação reprodutiva, traduzida na privação da possibilidade de decidir ter um filho ou não, abortar ou não, transferir o embrião ou não – na plena posse de todas as informações relevantes” (RAPOSO, 2014, p. 103).

Em resposta ao questionamento proposto, observe-se que a liberdade de procriar e de escolher o momento oportuno para a procriação correlaciona-se à essência dos direitos reprodutivos⁵⁵. Em sendo esses últimos autênticos direitos da personalidade (HOLANDA, 2012), relativos à intimidade e à autonomia individual, a sua violação ocasiona danos extrapatrimoniais à integridade psicofísica e à autodeterminação do indivíduo⁵⁶. Nesse mesmo sentido, leciona Souza (2014, p. 115):

O fato de ser retirada dos pacientes a decisão de não implantar o embrião por desconhecer o diagnóstico correto fere o direito deles ao livre planejamento familiar, além de comprometer a integridade física da gestante, que é submetida a uma gravidez e ao nascimento de um filho não desejado; e a integridade psicológica dos genitores, que serão surpreendidos com o nascimento de um filho doente ou deficiente.

⁵⁵ Corrêa, Alves e Jannuzzi (2006) asseveram que os direitos reprodutivos traduzem o direito à liberdade de decidir como, quando e quantos(as) filhos(as) o casal deseja ter, compreendendo, inclusive, o direito de não ter filho(a) algum(a), que figura como o direito a não reproduzir.

⁵⁶ Não obstante esteja-se diante de bens da personalidade, a responsabilidade civil aplicável é a contratual, pois, no caso da prestação de aconselhamento genético, o dever de respeito aos citados bens jurídicos decorre do próprio contrato.

O dano moral, portanto, é reputado como a violação à autodeterminação dos(as) pacientes no que se refere ao planejamento familiar, para além do comprometimento da integridade física da mulher, submetida à intervenção cirúrgica arbitrária, e das graves perturbações experimentadas pelo casal, “[...] oriundas da ‘surpresa’ em constatar as deficiências do nascente, quando se esperava um filho saudável” (HOLANDA, 2012, *on-line*).

No caso do DGPI, essa surpresa é incrementada pela consciência de que o conhecimento sobre a condição genética do embrião em momento oportuno teria evitado o nascimento indevido do(a) filho(a), sobretudo porque o casal recorreu ao exame precisamente para evitar essa situação (FEMENÍA LÓPEZ, 2008). A configuração do dano moral na *wrongful birth action* reside, então, na violação a bens e atributos da personalidade, restando, ainda, caracterizar os danos patrimoniais consequentes à anulação da liberdade reprodutiva do casal no contexto de falha no DGPI.

4.3.3 Dos danos materiais

Os danos materiais decorrentes da violação a um direito reprodutivo da mulher consistem no custeio das despesas para com o(a) filho(a) nascido doente ou deficiente. Não obstante o relativo consenso na doutrina acerca do cabimento de danos materiais na *wrongful birth action*, a divergência refere-se à extensão desses danos.

Do cotejo entre os posicionamentos presentes na doutrina, exsurtem duas vertentes principais. A primeira delas assevera que, na indenização por danos patrimoniais, devem-se incluir unicamente os gastos derivados da condição enferma do(a) filho(a), notadamente os cuidados médicos extraordinários (EMALDI-CIRIÓN, 2004; SOUZA, 2010). Já a segunda vertente propõe o ressarcimento de todos os gastos derivados do nascimento indevido daquele(a) mesmo filho(a) (HOLANDA, 2012), isto é, todos os custos ordinários dispendidos na sua criação.

Da análise das decisões jurisprudenciais de tribunais europeus e norte-americanos, percebe-se a tendência em conceder, para além da compensação pelos danos morais, uma indenização pelas despesas excepcionais relacionadas ao sustento de uma criança deficiente (DIAS PEREIRA, 2004), como se observa no caso *Bader vs. Johnson*, apreciado pela Suprema Corte de Indiana nos Estados Unidos (INDIANA, 2000). Em 1991, após duas outras gestações submetidas aos cuidados do Sr. Bader, médico de confiança do casal Johnson, a gestante o procurou novamente para a realização dos exames pré-natais pertinentes, os quais deixaram de ser realizados pelo médico.

Como resultado, a gestante apenas tomou conhecimento da hidrocefalia⁵⁷ que acometia o feto durante a trigésima terceira semana de gestação, e apenas em razão da ultrassonografia realizada por sua ginecologista, mas, por se tratar de período gestacional em que o aborto não mais era permitido naquela localidade, a gestante deu à luz uma criança com hidrocefalia e outras más-formações. Em seguida,

O casal Johnson, diante desses fatos, propôs uma ação contra o Doutor Baden [Bader] e contra a instituição médica da qual ele faz parte, sob o fundamento de que houve falha no dever de informar os resultados do ultrassom realizado e, conseqüentemente, por ter-lhes privado de optar pelo aborto ou por ter um filho com deficiência (SOUZA, 2014, p. 62-63).

A Corte, apesar de julgar procedente o pedido dos progenitores, sob o fundamento de violação ao dever de informar dados diagnósticos, limitou os danos patrimoniais aos seguintes custos:

[...] custos extraordinários em que tiveram que incorrer para tratar a deficiência de nascimento; em qualquer custo médico que vieram a ter durante a vida do filho como consequência de sua enfermidade; e aos gastos com internação ocasionados pela negligência médica⁵⁸ (MEDINA, 2008, p.553).

De acordo com essa primeira vertente, que encontra adesão na jurisprudência estrangeira, os progenitores não poderiam ser ressarcidos das despesas ordinárias dispendidas na criação do(a) filho(a), uma vez que manifestaram sua vontade de conceber, assumindo, portanto, os custos advindos do eventual nascimento do(a) filho(a), de modo que os danos indenizáveis se limitariam aos gastos especiais, derivados da deficiência da prole. Diante disso, indaga-se qual seria a forma adequada de calcular a indenização pelos danos patrimoniais experimentados pelos autores da *wrongful birth action*. Nesse sentido, reflete Holanda (2012, *on-line*):

Esta pergunta é pertinente porque a gravidez fora voluntariamente aceita, o que traz consigo as responsabilidades decorrentes do poder familiar, dentre elas as de sustendo e educação. Por outro lado, há de se diferenciar a voluntariedade da gravidez com a voluntariedade em continuar essa mesma gravidez. Se a anomalia fetal tivesse sido constatada e informada, o aborto teria sido realizado e os pais não teriam despesa alguma. Porém, se a criança

⁵⁷ A hidrocefalia é uma doença ocasionada pelo acúmulo de líquido no cérebro, resultando em danos na estrutura cefálica do indivíduo. Na modalidade congênita, a doença pode ser diagnosticada mediante a realização de exames pré-natais, ainda durante a gestação (VARELLA, 2020a)

⁵⁸ Tradução retirada de Souza (2014, p. 63) acerca dos danos patrimoniais concedidos no caso *Bader vs. Jonhson*. No original: “a) Los costos extraordinários em que debieron incurrir para tratar el defecto de nacimiento; b) cualquier costo médico em que debieron incurrir durante la vida del niño como consecuencia de su enfermedad; c) gastos de internación ocasionados por la negligencia médica; [...]” (MEDINA, 2008, p.553).

fosse saudável, os gastos com o sustento e com educação ocorreriam de qualquer forma.

Dessa forma, o critério utilizado para aferir a extensão daqueles danos deve estar pautado na teoria da diferença, aplicada no direito português. De acordo com essa teoria, o valor do dano deve ser calculado traçando-se uma diferença entre a situação atual do lesado e a situação hipotética que existiria se não fosse o dano (LEITÃO, 2016).

No âmbito da *wrongful birth action*, excluindo-se a falha médica, os genitores, cientes do diagnóstico da anomalia fetal, teriam optado pelo aborto, e não incorreriam em despesa alguma com o(a) filho(a), razão pela qual o ressarcimento deve incluir todos os gastos, ordinários e extraordinários, com a criação do(a) filho(a). É o que registra Holanda (2012, *online*): “[...] a situação real é o nascimento de um filho deficiente e a situação hipotética seria o não nascimento deste mesmo filho. O critério utilizado para indenizar os danos pauta-se justamente na diferença entre as duas situações”.

Esse entendimento, inclusive, já foi adotado no caso *Robak v. United States* (ESTADOS UNIDOS, 1981), apreciado pela Suprema Corte de Apelações do país em razão de demanda na qual os pais de um filho nascido com rubéola⁵⁹ alegaram a negligência médica em diagnosticar a doença na gestante e em informar os genitores dos possíveis danos ao feto. Os pais, alegando que teriam interrompido a gravidez caso soubessem os efeitos da rubéola para o feto, incluíram no pedido o ressarcimento dos danos passados e futuros com a manutenção e cuidados da criança. No julgamento do mérito, a Corte condenou o réu a ressarcir todos os danos oriundos da criação do filho, sem que o montante se sujeitasse a qualquer redução⁶⁰, porque, não fosse a conduta médica, os pais teriam realizado o aborto, de modo que todas as despesas resultantes do nascimento da criança não existiriam.

A mesma discussão quanto a extensão dos danos patrimoniais pode ser reproduzida nos casos de falha no DGPI. Segundo Souza (2014, p. 124), o defeito no aconselhamento genético pré-implantatório de que resulte o nascimento indevido da criança autoriza a concessão de danos materiais “[...] em razão das despesas extraordinárias com o nascimento de um filho doente ou deficiente”. Por essa lógica, somente seriam reputados como dano patrimonial os

⁵⁹ A rubéola, doença infecto-contagiosa, pode ser transmitida da gestante para o feto, provocando uma má-formação fetal (VARELLA, 2020b).

⁶⁰ Murtaugh (2007, p. 259) apresenta as seguintes conclusões sobre o caso: “[...] In 1981, in *Robak v. United States*, the parents of a child born with rubella brought a wrongful birth action against their physician, alleging that he had negligently failed to diagnose the pregnant mother’s rubella and inform her of possible injury to the fetus. The parents, claiming that they would have terminated the pregnancy had they known of the effects of the mother’s rubella, sought damages for past and future maintenance and care of the child. [...] The court held the plaintiffs could recover damages for rearing the child, and that the award was not subject to any reduction [...]”.

gastos superiores àqueles em que os pais normalmente incorrem, em virtude das necessidades extraordinárias do(a) filho(a).

A respeito da extensão dos danos patrimoniais em demandas que versem sobre a falha naquele exame, Wevers (2010) entende que, retirando-se a conduta negligente do(a) médico(a), a probabilidade maior é de que o casal teria dado à luz uma criança “saudável”, incorrendo em todos os gastos inerentes à criação de um(a) filho(a), não podendo, por isso mesmo, requerer o ressarcimentos dessas despesas ordinárias, mas somente dos gastos extraordinários associados à enfermidade.

No entanto, conforme dito alhures, está-se diante da perda da oportunidade de optar pela não implantação de embriões cuja doença incurável não foi detectada ou informada pelo(a) profissional. Há que se reconhecer, portanto, que, na ausência da conduta médica omissiva, a consequência lógica jamais poderia ser o nascimento de uma criança “saudável”, em razão da natureza incurável da enfermidade. Ao contrário, o resultado esperado, na ausência daquela conduta, seria a inexistência de qualquer filho(a), pois a presunção, repita-se, é de que os pais jamais teriam optado por implantar o embrião com aquela anomalia cujo desenvolvimento buscavam evitar, o que se deduz da própria finalidade do exame empregado (BERNARDI; REIS, 2013).

Assim, utilizando-se, novamente, o critério da diferença, cuja relevância já restou demonstrada, conclui-se que a reparação civil deve incluir todos os gastos normalmente associados à criação de um(a) filho(a) - e não apenas os extraordinários, pois, não fosse a conduta médica, o casal não teria incorrido em despesa alguma, uma vez que os embriões jamais teriam sido implantados no útero da mulher. A situação hipotética a ser levada em consideração não é a existência de um(a) filho(a) “saudável”, mas sim a não transferência de embrião algum.

Preenchidos, portanto, todos os requisitos que ensejam a admissibilidade da *wrongful birth action* no ordenamento jurídico nacional, resta proceder a uma análise de outros argumentos contrários à responsabilidade civil naquela ação, suscitados pela doutrina.

4.4 OUTROS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À RESPONSABILIDADE CIVIL POR *WRONGFUL BIRTH*

Não obstante o pressuposto do dano encontrar-se, nitidamente, presente nos casos de *wrongful birth action*, diversos argumentos, inclusive de cunho moral, são utilizados para afastar a responsabilidade civil nesse caso. É o que se passa a estudar.

4.4.1 O argumento do valor inestimável da vida

O valor inestimável da vida é comumente alegado como fundamento para negar provimento à *wrongful birth action*. De acordo com esse argumento, a vida humana constitui um bem jurídico universal, o que impediria a aceitação do nascimento indevido de um(a) filho(a) como dano indenizável (FRADA, 2016). Por essa lógica, a responsabilidade civil médica parece colidir com o valor inestimável da vida e com a dignidade da pessoa humana, postos em questão no momento em que os genitores alegam a própria existência da criança como um dano por eles experimentado.

A solução para tal contradição surge quando se identifica o dano reclamado pelos genitores não como o nascimento indevido da criança, mas sim como a lesão à liberdade de decisão quanto a procriação futura (PINTO, L., 2014). A eliminação de uma escolha reprodutiva, de fato, pode ter gerado um nascimento indevido, mas os danos consequentes não seriam propriamente a vida da criança, mas sim o sofrimento e o encargo adicional com o seu sustento e educação.

No mesmo sentido, asseveram Sá e Naves (2009) que o prejuízo a ser discutido em juízo não é a anomalia genética – esta, impossível de ser curada –, mas a falha que levou os pais a não serem informados dos resultados do exame ou a serem falsamente informados, sem o que certamente teriam optado pela não procriação. Trata-se, com razão, da privação da chance de realizar uma escolha reprodutiva informada, “[...] e como a chance pode ser considerada um dano autônomo, independente do resultado final, pode também ser integralmente reparada [...]” (NARDELLI; SÁ, 2016, p.160-161).

Ademais, não se pode, sob a premissa de resguardar o valor da vida do(a) filho(a), desconsiderar os danos experimentados pelos genitores em decorrência da perda daquela chance. Afinal, negar a indenização pela via da *wrongful birth action*, notadamente quanto aos danos patrimoniais oriundos do sustento da criança, é o mesmo que privá-la “[...] do auxílio financeiro necessário para viabilização de uma vida saudável e digna [...]” (HOLANDA, 2017, p. 275), constituindo tal um verdadeiro paradoxo argumentativo, pois, de toda forma, a dignidade da criança restaria violada.

Com razão, é precisamente para assegurar a sua dignidade que se faz necessário o reconhecimento dos danos patrimoniais na *wrongful birth action*, uma vez que somente assim é possível conceder ao(à) filho(a) um mínimo de condições materiais de sobrevivência. Assim, a recusa à indenização impede que os pais lhe concedam uma vida digna, arcando com os custos

de seu sustento. Percebe-se, então, que o argumento suscitado não deve encontrar respaldo jurídico.

4.4.2 O argumento do evento abençoado ou *blessing event*

Suscitado por alguns tribunais norte-americanos como fundamento para negar provimento à *wrongful conception action*, mas aplicado também no âmbito da *wrongful birth action*, o argumento do evento abençoado determina que qualquer eventual dano originado do nascimento indevido de um(a) filho(a) deficiente é suplantado pela alegria que advém da paternidade ou da maternidade. Esse argumento nega, pois, a existência de danos indenizáveis para os progenitores, já que tanto os gastos como o sofrimento decorrentes do nascimento indevido da criança seriam compensados pelos benefícios proporcionados pela bênção em conceber um(a) filho(a) (MACÍA MORILLO, 2003).

Em 1967, a Suprema Corte de Nova Jersey julgou o caso *Gleitman v. Cosgrove* (NOVA JERSEY, 1967), como consequência do ajuizamento de um pedido de indenização, movido por Irwin Gleitman e Sandra Gleitman contra os médicos responsáveis pelo defeito no seu acompanhamento pré-natal, porquanto não foram informados sobre os efeitos que a rubéola – doença que acometia a gestante – poderia produzir no feto. Sendo assim, a negligência médica os impediu de exercer o direito ao aborto, resultando no posterior nascimento da criança com deficiências ocasionadas pela rubéola. A pretensão dos genitores foi, todavia, julgada improcedente, sob o argumento de que seria impossível comparar os alegados danos emocionais e patrimoniais com os benefícios imensuráveis proporcionados pela maternidade e paternidade, notadamente porque, à época, o aborto ainda não era permitido em *New Jersey*.

Entretanto, o argumento que se pretende rebater baseia-se na falsa ideia de que a maternidade e a paternidade produzem, necessariamente, um sentimento de realização pessoal, quando, em verdade, trata-se de um encargo que igualmente enseja responsabilidades para os pais, especialmente aquelas de ordem financeira, além de ensejar preocupações (HOLANDA, 2017).

Sendo assim, afirmar categoricamente que o nascimento de um(a) filho(a) deve ser percebido como um evento abençoado é o mesmo que ter uma visão idealizada da maternidade e da paternidade, algo pouco compatível com os encargos assumidos pelos pais, designadamente aqueles que cuidam de um(a) filho(a) com alguma deficiência. Além disso, se o nascimento de um(a) filho(a) devesse sempre ser visto com um evento abençoado, o uso de métodos contraceptivos seria, conseqüentemente, proibido no país. De modo diverso, é

consagrado no ordenamento jurídico brasileiro o direito de a mulher fazer uso de métodos contraceptivos lícitos e o de exercer um planejamento familiar de forma livre e consciente, o que corrobora o fato de que conceber um(a) filho(a) não pode ser considerado um evento inexoravelmente positivo.

Novamente, então, o argumento levantado carece de amparo legal. Por isso é que a consideração sobre a alegria que proporciona o nascimento de um(a) filho(a), quando muito, deve ser feita casuisticamente e com fundamento na opinião pessoal dos genitores, e não tomada como regra geral, conforme será demonstrado adiante.

4.4.3 A regra dos benefícios acidentais ou *benefit rule*

Em certos casos, o cálculo da indenização que compete ao lesado deve ser feito levando em consideração os benefícios resultantes do evento danoso (GROBE, 1992), o que pressupõe uma compensação entre os prejuízos experimentados pela vítima e os respectivos benefícios acidentais que resultam para ela em decorrência daquele mesmo evento. Na *wrongful birth action*, seria o caso de considerar no cálculo do montante indenizatório as vantagens extrapatrimoniais e patrimoniais auferidas pelos ofendidos, originadas da violação a sua liberdade reprodutiva.

Ressalte-se que a compensação entre danos e benefícios de caráter patrimonial não é objeto de controvérsia na doutrina, dada a facilidade de apuração monetária própria de tal cálculo⁶¹. A dúvida reside, portanto, na possibilidade de compensação entre os danos materiais experimentados pelos genitores e os benefícios extrapatrimoniais usufruídos por estes, tendo em vista que, nessa circunstância, a apuração monetária dos valores torna-se uma tarefa delicada⁶².

Com razão, não obstante o nascimento de um(a) filho(a) tenha o condão de despertar o amor dos pais pela criança – benefício este de matiz extrapatrimonial –, é difícil avaliar monetariamente a satisfação e a alegria provenientes da relação dos pais com os(as) filhos(as), notadamente quando comparados aos custos depreendidos com a sua criação (HOLANDA, 2017).

⁶¹ Não obstante seja possível efetuar tal compensação, notadamente entre o dano patrimonial ocasionado aos progenitores e as expectativas de um apoio financeiro futuro por parte do(a) filho(a) (benefício patrimonial), Macia Morillo (2003) adverte que esse benefício futuro deve ser visto com cautela, pois não é em todo caso que o(a) filho(a) nascido(a) com deficiência terá condições de proporcionar um apoio financeiro aos pais, razão pela qual estar-se-ia diante de uma vantagem eventual e especulativa.

⁶² Braverman (1978) entende, todavia, ser possível compensar danos materiais e interesses não patrimoniais.

Nesse sentido, não se pode arguir que o amor pelo(a) filho(a) nascido(a) deficiente reduz o *quantum* a ser indenizado pelos danos materiais suportados pelos genitores. Ora, qualquer circunstância que suceda ao nascimento indevido do(a) filho(a), tal como a aceitação daquele(a) pelos pais, não interfere na responsabilização civil do(a) médico(a), a quem compete, de toda forma, arcar com os gastos decorrentes da criação da criança (DOMINGO, 1994).

Afinal, a alegria proporcionada pelo(a) filho(a) não afasta todos os encargos econômicos advindos de sua criação. Longe disso, o nascimento indevido da criança implica gastos inesperados, que poderiam ter sido evitados mediante a conduta médica comissiva e diligente, configurando efetivo prejuízo de ordem material aos genitores, o qual deve ser ressarcido integralmente. Para tanto, é irrelevante o sentimento dos pais em relação ao(à) filho, uma vez que o dano não é propriamente o(a) filho(a) nascido(a), mas sim os custos com sua educação e criação.

Ao se admitir, portanto, a compensação dos danos materiais com os benefícios extrapatrimoniais, incorrer-se-ia no absurdo de penalizar os pais pelo amor que sentem pelo(a) próprio(a) filho(a) (PODEWILLS, 1993). Imagine-se, a título de exemplo, a hipótese de um casal que se ressentia de ter dado à luz uma criança deficiente, demonstrando-lhe pouco afeto. No momento de realizar a compensação, ao levar em conta que a conduta médica não resultou em benefício extrapatrimonial algum para os pais, estes perceberiam o valor integral da indenização pelos danos patrimoniais experimentados, enquanto que o casal que chegou a amar a criança seria ressarcido em uma quantia menor. A incongruência é vislumbrada, então, a partir do fato de que, apesar de os gastos suportados por ambos os casais terem sido os mesmos, o primeiro casal ainda perceberia um *quantum* maior a título de danos materiais.

De outra banda, a compensação entre danos e benefícios extrapatrimoniais parece contar com uma maior adesão na doutrina, na medida em que a natureza semelhante entre eles permite a maior facilidade em apurar o montante indenizatório final. Entretanto, conforme aduz Domingo (1994), a aceitação posterior do(a) filho(a) não faz desaparecer o dano moral sofrido anteriormente, até porque o que está em questão é a violação da autodeterminação dos(as) pacientes, cuja liberdade reprodutiva restou aviltada. Dessa forma, a alegria e amor destinados ao(à) filho(à) são apenas consequências do evento danoso, sem o condão de descaracterizar a ofensa a um direito da personalidade.

Além disso, acrescenta Macía Morillo (2003) que, por se tratar de sentimento de caráter meramente especulativo, a compensação entre o dano moral suportado e a alegria proporcionada pela paternidade ou maternidade deveria estar pautada na opinião dos próprios progenitores, afirmada em juízo, não sendo possível presumir o amor e alegria pelo(a) filho(a),

nem mesmo se valer destes, genericamente, para minorar o *quantum* dos danos morais experimentados pelos pais.

Por isso, cumpre se filiar, aqui, ao entendimento de que a compensação apenas pode ser empreendida entre danos e benefícios de uma mesma natureza – o que impede, naturalmente, que sejam compensados os benefícios extrapatrimoniais e os danos patrimoniais experimentados pelos pais – e que, ainda assim, a técnica de compensação estaria submetida à análise judicial das peculiaridades do caso concreto, já que a alegria e amor pelo(a) filho(a) precisam ser avaliados subjetivamente (HOLANDA, 2017).

4.4.4 O argumento do dano psicológico ao(à) filho(a)

Outro argumento sustentado por parte da doutrina contra a *wrongful birth action* diz respeito aos impactos negativos que a indenização e a demanda gerariam na criança, considerando a forma como esta poderia sentir-se ao descobrir que os pais buscaram uma reparação em decorrência do seu nascimento. Nesse sentido, Hensel (2005) destaca como resultado da ação movida pelos genitores o surgimento dos chamados “bastardos emocionais”⁶³, isto é, de crianças cientes de que a sua criação representa um fardo aos pais, sobrevivendo-lhes, portanto, irreparáveis danos psicológicos ao seu bem-estar emocional.

Com efeito, admitir que em circunstâncias normais, qualquer pessoa razoável teria abortado o feto que apresentava anomalias genéticas, equivaleria a cogitar que os pais se ressentem do nascimento da criança. É essa a exata lição fornecida por Sustek e Šolc (2017), ao afirmarem que o fato de os pais buscarem a compensação pelo nascimento da criança pode contribuir para que o(a) filho(a) se sinta rejeitado, o que refletiria negativamente no seu bem-estar e na concepção que tem de si mesmo.

Entretanto, saliente-se que a ação movida pelos pais não tem a finalidade de discutir a existência da criança como dano, de sorte que o prejuízo alegado associa-se, em verdade, aos custos financeiros e aos sofrimentos por aqueles experimentados (GOOLD; HERRING, 2014). Por essa lógica, não está em jogo a rejeição do(a) próprio(a) filho(a), mas sim a reparação pelos danos decorrentes da conduta médica.

Note-se, inclusive, que o ajuizamento da *wrongful birth action* está relacionado, frequentemente, com a própria necessidade financeira dos genitores⁶⁴, em face da falha no

⁶³ Hensel (2005, p.144) adota a nomenclatura *emotional bastards*, traduzida livremente no presente trabalho.

⁶⁴ Sobre isso, cf. Goold e Herring (2014).

sistema de saúde pública ou da inadequada cobertura de planos de saúde. Assim, a reparação dos danos por eles experimentados se torna necessária aos cuidados da criança, amenizando as frustrações e encargos assumidos pelos pais e contribuindo para tornar a sua criação um ofício que acarreta menores inconveniências e transtornos. Nesse sentido, registra Holanda (2017, p. 282):

Em verdade, negar a indenização poderia aprofundar o sentimento de rejeição, por parte da família, já que os pais não teriam como custear o sustento da criança, criando, com isso, um enorme ônus familiar. Por outro lado, admitir tal reparação civil pode contribuir para o estabelecimento de uma atmosfera ainda mais benéfica, na qual a criança venha a sentir-se mais querida.

Ademais, não se pode afirmar categoricamente que o(a) filho(a) experimentará um trauma futuro ao tomar conhecimento da demanda, tratando-se, em verdade, de mera especulação feita sobre sua possível reação. É mais plausível, inclusive, que o sentimento de que é indesejado se origine do comportamento dos pais em relação ao(à) filho(a) do que meramente da ciência do ajuizamento da demanda. Isto é, conforme elucida Teff (1985, p. 438, tradução nossa):

Qualquer sentimento de rejeição que a criança possa experimentar é mais provável de emergir do fato de ser privada da segurança financeira e afeição durante a sua criação, perspectiva esta tão provável quanto ou ainda mais provável de ocorrer na ausência da compensação devida aos genitores⁶⁵.

Ademais, ressalte-se a existência no ordenamento nacional de mecanismos ordinários de proteção e de sigilo familiar, os quais tornam imperioso o segredo de justiça em ações dessa natureza (MACÍIA MORILLO, 2003), dificultando, então, a divulgação ao(à) filho(a) de que os pais moveram uma *wrongful birth action*.

E ainda que não o fosse, “[...] aos pais cabe decidir se o potencial impacto emocional na criança torna necessário que se abstenham de intentar a ação” (MURTAUGH, 2007, p. 284, tradução nossa)⁶⁶, afinal, diante do caráter de mera conjectura atribuído à reação negativa do(a) filho(a), compete-lhes avaliar e mensurar os benefícios de formular a demanda buscando a devida reparação, sobretudo porque são eles os responsáveis por cuidar do(a) filho(a), o que os torna mais aptos a considerar os proveitos daquela escolha. De toda sorte, o argumento acima

⁶⁵ “Any feelings of rejection he might experience are more likely to stem from being deprived in fact of security and affection in his early years, a prospect as, if not more, likely in the absence of compensation”.

⁶⁶ “[...] the parents should be allowed to decide whether the potential emotional impact on a child warrants refraining from bringing a wrongful birth action”.

suscitado não se sustenta como meio de rechaçar a admissibilidade da ação e nem mesmo para refutar a existência de um dano aos genitores.

4.4.5 A regra das consequências evitáveis ou *damage mitigation*

Segundo a doutrina da mitigação dos danos (regra das consequências evitáveis)⁶⁷, cabe ao requerente adotar medidas razoáveis no sentido de minimizar as consequências da conduta perpetrada pelo agente causador do dano. Sendo assim, qualquer dano que poderia ter sido razoavelmente evitado pela vítima após a conduta culposa do agente, não deve ser ressarcido. Para tanto, observe-se que a conduta do ofendido, através da qual poderia ter sido evitado ou mitigado o dano, é aquela que seria adotada por uma pessoa razoavelmente prudente, se estivesse sob as mesmas circunstâncias que a pessoa lesada (BLOCK, 1985).

Nesse sentido, caberia aos pais, a fim de evitar os danos decorrentes da conduta médica, prosseguir à disponibilização do(a) filho(a) ao sistema nacional de adoção, sob pena de ser negado o respectivo ressarcimento pelos custos dispendidos com a sua criação, na medida em que a decisão de manter a criança faria presumir a aceitação dos gastos e sofrimentos que lhe correspondem. Não seria lógico, então, admitir que os pais alegassem a existência de danos relacionados à criação do(a) filho(a), quando já demonstraram a intenção de criá-lo(a), renunciando, assim, ao direito de requisitar eventual reparação, uma vez que poderiam ter optado por deixar a criança para adoção, caso não desejassem suportar dano algum (SUSTEK; ŠOLC, 2017).

Diante disso, cumpre averiguar se essa medida pode ser razoavelmente esperada ou até mesmo exigida dos progenitores. Ressalte-se, para esse fim, que a decisão de criar a criança, no lugar de disponibilizá-la para adoção, guarda relação não com o desejo de mantê-la, mas principalmente com o senso de obrigação moral de cuidar dela da maneira que melhor convém. Esse senso de obrigação moral é o que orienta, em boa parte dos casos, a conduta dos pais, impedindo-os de rejeitar a criança (HOLANDA, 2017).

Sendo assim, não é razoável exigir que aqueles se comportem de forma a entregar a criança a um terceiro, apenas para mitigar os danos subsequentes, o que poderia ensejar, inclusive, consequências psicológicas ainda mais danosas do que a própria decisão de manter e cuidar da criança (HOLANDA, 2017). Afinal, a depender dos fatores pessoais, morais e

⁶⁷ Essa doutrina, apesar de ser derivada dos países em que impera a tradição do *common law*, vem sendo também invocada pela doutrina e jurisprudência brasileiras. Vide ao artigo de Fradera (2004): “Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?”.

religiosos envolvidos no processo de decisão dos pais, a disponibilização do(a) filho(a) para adoção demandaria destes um esforço inimaginável, constituindo verdadeiro sacrifício pessoal.

Portanto, o direito dos pais de permanecer com a criança, ainda que as circunstâncias afetas ao nascimento desta não tenham sido por eles desejadas, não elimina o fato de a liberdade reprodutiva do casal ter sido violada, resultando em danos inesperados⁶⁸. Com razão, o exercício daquele direito não pressupõe a aceitação da criança, a assunção dos encargos em relação a esta ou até mesmo o amor pelo(a) filho(a), pois decorre muitas vezes da consciência pessoal dos pais. Por conseguinte, o fato de os pais optarem por não entregar a criança para adoção não pode ser entendido como uma conduta irrazoável, haja vista que se justifica pelas convicções pessoais dos ofendidos, as quais determinam o sentido da decisão de manter e criar a criança.

Por fim, note-se que, ao aplicar a regra da mitigação dos danos, impondo-se ao casal que teve sua autonomia reprodutiva desrespeitada a disponibilização do(a) filho(a) para a adoção, haveria uma “dupla penalidade” para os progenitores que exercem o direito de permanecer com a criança: de um lado, a privação da liberdade de não implantar os embriões diagnosticados com alguma doença genética ou cromossômica e, de outro, “[...] a impossibilidade de recuperação dos custos para tratamento, cuidado e sustento da criança deficiente” (HOLANDA, 2012, *on-line*), motivo pelo qual não se deve admitir tal argumento.

Ante todo o exposto, uma vez identificados e superados os argumentos contrários à admissibilidade da *wrongful birth action*, conclui-se pela plena aceitabilidade da sua propositura no ordenamento jurídico nacional, no sentido de reparar e de compensar os pais pelos danos materiais e morais provocados pela negligência médica durante o aconselhamento genético pré-implantatário do embrião. Saliente-se, ainda, que os danos materiais devem incluir todas as despesas com a criação e o sustento da criança, e não apenas os custos extraordinários relativos à doença.

⁶⁸ A disponibilização da criança para adoção não é, nessas circunstâncias, o comportamento exigido ou esperado juridicamente, razão pela qual não se pode, por essa razão, considerar que, ao não se comportarem os genitores dessa maneira, o nexo causal entre a conduta médica e o dano suportado passaria a inexistir.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os avanços na ciência médica permitiram que técnicas de procriação assistida possam ser utilizadas para fins de seleção de um embrião livre de eventuais doenças genéticas e/ou cromossômicas. Então, hoje, as pessoas podem valer-se da utilização do DGPI para seleção de embrião livre de determinadas doenças.

Ao longo da pesquisa, verificou-se que, na relação médico-paciente estabelecida durante a realização daquele exame, o dever de informar assume fundamental relevância, já que é a informação sobre o diagnóstico que fundamentará a decisão de implantar ou não os embriões submetidos à biópsia. Aliás, nesses casos, a obtenção de informações precisas, fornecidas pelo(a) médico(a), legitima a escolha dos(as) pacientes em se submeter às técnicas de RMA. Logo, o consentimento para a implantação dos embriões obtido através de informação insuficiente – diagnóstico equivocado ou ausência deste - configura uma intervenção médica igualmente equivocada.

A dúvida aventada no presente trabalho girou, pois, em torno da (ir)responsabilidade civil do(a) médico(a), diante da falha cometida por esse(a) profissional no seio do DGPI, sobrevivendo diagnóstico falso-negativo ou não sendo o diagnóstico sequer informado ao casal. A investigação fez-se, notadamente, mediante o exame da situação em que tal falha tenha impedido os genitores de exercer autonomamente sua liberdade reprodutiva, resultando no nascimento indevido de um(a) filho(a) com uma determinada doença genética ou cromossômica que se pretendia evitar através da realização do DGPI. A extrema complexidade e o caráter controverso da matéria discutida respaldam a importância da pesquisa desenvolvida, tratando-se de tema cujos contornos ético-jurídicos ainda são pouco debatidos cientificamente.

A análise das digressões teóricas feitas sobre o tema estudado permitiu, então, a constatação da viabilidade de uma eventual demanda de responsabilização civil do(a) geneticista pela falha ao realizar o DGPI, dando causa à implantação de embriões cuja constituição genética esteja comprometida e ao consequente nascimento indevido do(a) filho(a), a despeito do desejo do casal de conceber uma criança “saúdável”.

Levando-se em conta a função do Direito de acompanhar as mudanças científicas e sociais, note-se que a discussão suscitada buscou responder à necessidade de alargamento da noção de responsabilidade civil médica, para abarcar, no sistema jurídico nacional, a situação cogitada na pesquisa, por intermédio da propositura da *wrongful birth action*. Para tanto, incumbiu-se o presente trabalho da tarefa de averiguar a natureza da responsabilidade civil aplicável ao caso estudado, concluindo-se pela existência de uma tradicional relação contratual

de prestação de serviços, o que enseja a submissão ao regime jurídico da responsabilidade civil contratual.

Constatou-se, ainda, que a realização do DGPI pressupõe o cumprimento de uma autêntica obrigação de resultado pelo(a) geneticista, razão pela qual a fidedignidade dos resultados obtidos com o exame pode ser perfeitamente exigida daquele. Restou claro, então, que o objeto do contrato firmado é exatamente a prestação de informações seguras e precisas sobre a constituição genética dos embriões, sendo esse o resultado esperado pelos futuros genitores e preestabelecido na relação contratual ajustada, sem o qual considera-se defeituosa a atuação médica.

A par da necessidade de se investigar as consequências do defeito no aconselhamento genético, a pesquisa se voltou às peculiaridades da *wrongful birth action*. Apurou-se, assim, que essa ação pode ser empregada nos casos envolvendo a feitura do DGPI, notadamente em razão da frustração do seu objetivo precípua: evitar a implantação (e o posterior nascimento indevido) de embrião não “saudável” no útero da mulher. Nesse caso, a pretensão movida pelos pais leva em consideração a perda da possibilidade de escolha informada sobre a implantação dos embriões, visto que, caso estivessem cientes da real condição genética dos embriões, não teriam sequer optado por implantá-los. É o que já reconhecem as doutrinas portuguesa e espanhola, às quais o presente trabalho se alinha.

Além disso, examinado o sistema de reparação civil brasileiro, notadamente quanto aos requisitos necessários à imputação de responsabilidade civil médica por *wrongful birth*, averiguou-se que restam preenchidos todos os pressupostos para a responsabilização civil do(a) geneticista na hipótese suscitada. No tocante à conduta humana voluntária, verificou-se que o ato médico omissivo é a avaliação errônea dos resultados obtidos com o DGPI ou a falta de informação sobre estes, uma vez que, em tais casos, o comportamento comissivo era juridicamente exigido. Conforme observado, a culpa é presumida, em face do descumprimento das obrigações de resultado assumidas pelo(a) médico(a), sendo desnecessária qualquer comprovação pelo lesado.

O nexo causal também foi constatado, na medida em que o comportamento omissivo do(a) profissional da medicina impede que os genitores disponham de toda a informação relevante para decidir livremente sobre a implantação dos embriões, tratando-se, portanto, de causa adequada à produção do dano. A presunção, inclusive, conforme foi verificado, é de que os pais jamais teriam optado por implantar o embrião com a exata anomalia cujo desenvolvimento buscavam evitar, o que se deduz da própria finalidade do exame empregado.

Por isso, é irrelevante perquirir qual teria sido o comportamento hipotético-alternativo do casal na ausência da falha médica.

No que se refere à ilicitude, constatou-se que a livre escolha sobre intervenções relacionadas à reprodução artificial é direito de todos, vinculado à autonomia reprodutiva do casal. Nesse sentido, a afronta ao exercício autônomo da liberdade reprodutiva acarreta a consequente violação a direitos da personalidade, os quais compreendem a autodeterminação, a intimidade e a autonomia individual - juridicamente tutelados.

Outrossim, quanto ao dano, aplicando-se a teoria da perda de uma chance à prática do DGPI, verificou-se que, diante da elaboração e da interpretação de um diagnóstico equivocado ou da omissão do dever de informar aos interessados sobre esses mesmos resultados, os(as) pacientes são privados da possibilidade de exercer uma escolha reprodutiva informada sobre a implantação dos embriões. Nesse caso, são indenizáveis também os danos materiais e morais eventualmente experimentados pelos pais.

Ademais, apurou-se que a configuração do dano moral na *wrongful birth action* reside na grave violação a bens e atributos da personalidade. Sob outro viés, concluiu-se que os danos materiais associam-se aos gastos normalmente vinculados à criação de um(a) filho(a), pois, não fosse a conduta médica, o casal não teria incorrido em despesa alguma, uma vez que os embriões jamais teriam sido implantados no útero da mulher.

Analizados, ainda, os argumentos contrários à aceitabilidade da demanda, foi possível concluir pela plena admissibilidade da propositura da *wrongful birth action* no ordenamento jurídico nacional. Entretanto, apesar de assentado o cabimento daquela demanda, adverte-se sobre a existência de variadas questões de considerável relevância que ainda restaram sem apreciação no presente trabalho, em razão do modesto alcance científico a que se propõe. Sendo assim, a continuidade da pesquisa desenvolvida pode direcionar-se à investigação sobre a (in)existência de uma obrigação médica de propor a realização do DGPI ou ainda para a análise dos efeitos práticos e jurídicos da obtenção de um diagnóstico falso-positivo no seio daquele exame, podendo, finalmente, ser averiguada a vertente que aponta a capacidade seletiva do exame. Ademais, ressalva-se a possibilidade de estudo da questão ora discutida sob uma abordagem consumeirista.

Malgrado não se tenha a intenção de oferecer conclusões cabais sobre os problemas aventados, alerta-se para a relevância social do tema, cuja apreciação pelos tribunais brasileiros em breve tornar-se-á uma realidade frequente. De toda sorte, em que pese a sua reduzida extensão, finda a investigação proposta, o trabalho cumpre ao propósito de prestar relevante contribuição à discussão teórica acerca da aceitabilidade jurídica da *wrongful birth action* no

Brasil, respondendo às questões controversas em seu entorno e apresentando, ao final, uma opção viável ao deslinde do problema inicialmente aventado.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Revista jurídica**, São Paulo, v. 45, n. 231, p. 122-147, jan. 1999.

ALMEIDA, Marcelynne Aranha. **Direito à filiação e reprodução humana assistida no Brasil**: o diagnóstico genético pré-implantacional de embriões e as *wrongful actions*. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/11530/1/MAA13062018.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2019.

ALMEIDA, Maria Fernanda Fernandes de. **Cogito ergo (non volleo) sum**: reflexões em torno das ações por nascimento e por vida indevidos. Coimbra: Fundação Bissaya Barreto, 2013.

ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo de. Demandas por responsabilidade en relación con los diagnósticos preimplantatorios y prenatales y el consejo genético. In: CASABONA, Carlos Romeo (diretor). **Genética y derecho**: estudios de derecho judicial. Madrid: Consejo General Del Poder Judicial, 2001. p. 237-294.

ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

AS 10 doenças herdadas geneticamente. **UNIPACS**. Artigo da *web*. 2017. Disponível em: <http://www.unipacs.com.br/noticias/as-10-doencas-herdadas-geneticamente/>. Acesso em: 19 dez. 2019.

AZCORRA, Miguel Urioste. Consejo genético y diagnóstico prenatal. In: CASABONA, Carlos Romeo (diretor). **Genética y derecho**: estudios de derecho judicial. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001. p. 211-221.

BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção jurídica do embrião humano. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coord.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 248-270.

BERNARDI, Renato; REIS, Junio Barreto dos. A Doutrina do *Wrongful Life* e o reconhecimento dos danos morais do feto – um estudo de bioética. In: ALONSO, Ricardo Pinha; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando (org.). **Estudos contemporâneos de bioética e biodireito**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013. Livro 2, cap.1, p. 161-176.

BLOCK, Norman M. Wrongful birth: the avoidance of consequences doctrine in mitigation of damages. **Fordham law review**, New York, v. 53, n. 5, p. 1107-1125, 1985.

BRANDÃO, Jecé Freitas. **Consentimento informado na prática médica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 10 dez. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no agravo de instrumento 2006/0027391-2**. Relator: Min. Sidnei Beneti. Data de Julgamento: 11/11/2008. Data de Publicação: 26/11/2008. Disponível em:
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2025314/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-744181-rn-2006-0027391-2/inteiro-teor-12227379?ref=juris-tabs>. Acesso em: 9 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de divergência em recurso especial 1281.594/SP 2011/0211890-7**. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Data de Julgamento: 15/05/2019. Data de Publicação: 23/05/2019. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=EREsp%201281594>. Acesso em: 17 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 5581/DF**. Artigo da *web*. 2016. Disponível em:
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5037704>. Acesso em: 17 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 12/04/2012. Data de Publicação: 29/04/2013. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 17 fev. 2020.

BRAVERMAN, Philip. Wrongful conception: who pays for bringing up baby? **Fordham law review**, New York, v. 47, p. 418-435, 1978.

BRAZ, Marlene; BARBOSA NETO, João Gonçalves. Bioética, testes genéticos e a sociedade pós-genômica. In: SCHRAMM, Femin Roland; BRAZ, Marlene. **Bioética e saúde: novos tempos para mulheres e crianças?** Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005. p. 195-218

CASTRO, Fabio de. Busca por testes genéticos cresce após Angelina Jolie anunciar mastectomia. **Estadão**, São Paulo, 2016. Artigo da *web*. Disponível em:
<https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,busca-por-testes-geneticos-cresce-apos-anuncio-de-mastectomia-de-angelina-jolie,10000094688>. Acesso em: 19 dez. 2019.

CASABONA, Carlos María Romeo. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (org.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 99-143.

CASABONA, Carlos María Romeo *et al.* De la medicina curativa a la medicina preventiva: Consejo genético. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (org.). **La ética y el derecho ante la biomedicina del futuro**. Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA – Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano. Bilbao: Universidade de Deusto, 2006, p. 189-226.

CASAL que fez fertilização *in vitro* deve assumir riscos da gravidez. **Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais**. Artigo da *web*. 2017. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/casal-que-fez-fertilizacao-in-vitro-deve-assumir-riscos-da-gravidez.htm#.Wt4nO4jwbIU>. Acesso em: 28 nov. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788597018790>. Acesso em: 11 dez. 2019.

CAROLINA DO SUL. Suprema Corte da Carolina do Sul. **Coggeshall v. Reproductive endocrine associates of Charlotte**. 2007. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/sc-supreme-court/1388845.html>. Acesso em: 28 nov. 2019.

COLETA de espermatozoides na FIV. **Origen**. Artigo da *web*. 2020. Disponível em: <https://origen.com.br/coleta-de-espermatozoides-na-fiv/>. Acesso em: 02 mar. 2020.

CONHEÇA passo a passo o processo da fertilização *in vitro*. **Santa Joana**: Hospital e Maternidade. Artigo da *web*. 2012. Disponível em: <https://www.santajoana.com.br/noticias/2012/abril/conheca-processo-fertilizacao-in-vitro>. Acesso em: 19 dez. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 1989 de 14 de maio de 2012**. Publicada no D.O.U., 14 maio 2012, Seção I, p. 308 e 309. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1989_2012.pdf. Acesso em: 16 fev. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 2168/2017 de 21 de setembro de 2017**. Publicado no D.O.U., 10 nov. 2017, Seção I, p. 73. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19405123/do1-2017-11-10-resolucao-n-2-168-de-21-de-setembro-de-2017-19405026. Acesso em: 16 nov. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 2.217/2018 de 27 de setembro de 2018**. Publicada no D.O.U., 01 nov. 2018, Seção I, p.179. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/48226289. Acesso em: 17 nov. 2019.

CORNEJO ARENAS, Juan Felipe. **La responsabilidad médica en el diagnóstico genético preimplantatorio**: específicamente aquella derivada de la transmisión de información. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018. Disponível em: <http://bdigital.uexternado.edu.co:8080/handle/001/1621>. Acesso em: 11 dez. 2019.

CORRÊA, Sonia; ALVES, José Eustáquio Diniz; JANNUZZI, Paulo de Martino. Direitos e saúde sexual e reprodutiva: marco teórico-conceitual e sistema de indicadores. *In*: CAVENAGHI, Suzana (org.). **Indicadores municipais de saúde sexual e reprodutiva**. Rio de Janeiro: ABEP; Brasília, UNFPA, 2006. p. 27-62. Disponível em: <http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/livros/issue/viewIssue/16/5>. Acesso em: 17 jan. 2020.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

DIAS PEREIRA, André Gonçalo Dias. **Direitos dos pacientes e responsabilidade médica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

DIAS PEREIRA, André Gonçalo Dias. **Direitos dos pacientes e responsabilidade médica**. 2012. 879 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012. Disponível em:
<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/31524/1/Direitos%20dos%20pacientes%20e%20responsabilidade%20m%C3%A9dica.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2019.

DIAS PEREIRA, André Gonçalo. **O consentimento informado na relação médico-paciente**: estudo de direito civil. Coimbra: Coimbra, 2004.

DOMINGO, Elena Vicente. **Los da os corporales**: tipología y valoración. Barcelona: J.M. Bosch, 1994.

DUARTE, Sara Cristina Gomes. **Wrongful Birth, wrongful life e wrongful conception**: a admissibilidade das *wrongful actions*   luz da dogmática comum da responsabilidade civil. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Faculdade de Direito do Porto, Universidade Católica do Porto, 2017. Disponível em:
<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/23740/1/Sara%20Gomes%20Duarte%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Mestrado.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2019.

EMALDI-CIRIÓN, Aitziber. A responsabilidade dos profissionais sanitários no marco do assessoramento genético. In: EMALDI-CIRIÓN, Aitziber; QUEIROZ, Juliane Fernandes (org.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 63-121.

ENES, Marina Raquel dos Santos. **A eficácia externa das obrigações**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Aut noma de Lisboa, Lisboa, 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte de Apelações dos Estados Unidos. **Robak v. United States of America**. 1981. Disponível em:
<https://www.leagle.com/decision/19811129658f2d47111052>. Acesso em: 9 jan. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Roe v. Wade**. 1973. Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=410&invol=113>. Acesso em: 11 dez. 2019.

EXAMES genéticos: análise do genoma identifica riscos de desenvolvimento de doenças. **Mundo dos Exames**. Artigo da *web*. 2018. Disponível em:
<https://www.mundodosexames.com.br/blog/na-pratica/exames-geneticos-analise-do-genoma-identifica-riscos-de-desenvolvimento-de-doencas/>. Acesso em: 28 nov. 2019.

FEMEN A LÓPEZ, Pedro. Responsabilidad médica derivada del diagnóstico genético preimplantacional. In: MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (org.). **La responsabilidad civil y su problemática actual**. [S.l.]: Dykinson, 2008. p. 1175-1191. Disponível em:

<https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/diagnostico-genetico-preimplantacional-41307317>. Acesso em: 9 jan. 2020.

FERTILIZAÇÃO *in vitro* – FIV. **Ferticlin**: clínica de fertilidade. Artigo da *web*. Disponível em: <https://www.ferticlin.com.br/tratamentos/fertilizacao-in-vitro/>. Acesso em: 28 nov. 2019.

FIGUEIREDO, Helena Lanna. **Responsabilidade civil do terceiro que interfere na relação contratual**. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais/Direito Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. A própria vida como dano? Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 81, p. 151-181, set./dez. 2016. Disponível em: https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1527189570.pdf. Acesso em: 9 jan. 2020.

FRADERA, Vera Maria Jacob. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? **Revista trimestral de direito civil**, Rio de Janeiro, v. 19, p. 109-119, jul./set. 2004.

GEBER, Selmo. Implicações éticas do diagnóstico pré-implantacional. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coord.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 301-308.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOOLD, Imogen; HERRING, Jonathan. **Great debates in medical law and ethics**. London: Palgrave, 2014.

GOZZO, Débora. Direito fundamental à intimidade x o direito fundamental à identidade genética. In: DIAS, Maria Berenice (org.). **Direito das famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GROBE, Rachel Tranquillo. The future of the ‘wrongful birth’ cause of action. **Place law review**, New York, v. 12, p. 717-756, 1992.

HENSEL, Wendy Fritzen. The disabling impact of wrongful birth and wrongful life actions. **Harvard civil rights-civil liberties law review**, Cambridge, v.40, p.141-195, 2005.

HOLANDA, Caroline Sátiro de. A gravidez indevida e o consequente nascimento de uma criança podem ser considerados um dano? Uma análise da determinação e da extensão dos danos decorrentes de *wrongful conception*. **Revista de direito civil contemporâneo**, São Paulo, v. 12, p. 253-295, jul./set. 2017.

HOLANDA, Caroline Sátiro. **As técnicas de reprodução assistida e a necessidade de parâmetros jurídicos à luz da Constituição Federal de 1988**. Universidade de Fortaleza. Fortaleza: Fundação Edson Queiroz, 2006.

HOLANDA, Caroline Sátiro de. Violação à liberdade reprodutiva: uma análise dos pressupostos da responsabilidade civil para os casos de *wrongful birth* e *wrongful life*. In:

ABREU, Celia Barbosa; REZENDE, Elcio Nacur; LISBOA, Roberto Senise (coord.). **XXI Congresso nacional do CONPEDI**. Florianópolis: FUNJAB, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=148>. Acesso em: 11 dez. 2019.

ICSI – *Intra Cytoplasmatic Sperm Inject* – Micro Manipulação de Gametas. **Ferticilin**: clínica de fertilidade. Artigo da *web*. Disponível em: <https://www.ferticlin.com.br/tratamentos/fertilizacao-in-vitro-por-icsi/>. Acesso em: 28 nov. 2019.

INDIANA. Suprema Corte de Indiana. **Bader vs. Johnson**. 2000. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/in-supreme-court/1154365.html>. Acesso em: 9 jan. 2020.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LEITÃO, António Pedro Santos. **Da perda de chance: problemática do enquadramento dogmático**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas/Direito Civil – Faculdade de Direito Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016).

LEITE, Gisele. Considerações sobre ato ilícito. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, ano 7, n. 530, jan. 2009. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/1999/consideracoes-ato-ilicito>. Acesso em: 9 jan. 2020.

LOUREIRO, Luis Guilherme. **Curso completo de direito civil**. São Paulo: Método, 2010.

MACÍA MORILLO, Andrea. **Diagnóstico genético preimplantacional y responsabilidad médica por falsos negativos**. [S.l.]: Editorial Reus S.A., 2018.

MACÍA MORILLO, Andrea. La responsabilidad civil médica: Las llamadas acciones de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life*. **Revista de derecho**, Barranquilla, n. 27, p. 3-37, jul. 2007. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/851/85102702.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2020.

MACÍA MORILLO, Andrea. **La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales**: Las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2003. Disponível em: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/4418>. Acesso em: 28 nov. 2019.

MACÍA MORILLO, Andrea. Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por *wrongful birth* y *wrongful life*. **Revista chilena de derecho Privado**, n. 12, p. 167-206, 2009.

MAGNO, Helio Antônio. A responsabilidade civil do médico diante da autonomia do paciente, *In*: GUERRA, Arthur Magno e Silva (org.). **Bioética e biodireito**: uma introdução crítica. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 315-345.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MAHONEY, Kathleen A. Malpractice claims resulting from negligent preconception genetic testing: do these claims present a strain of wrongful birth or wrongful conception, and does the categorization even matter? **Suffolk university law review**, Boston, v. 39, p.773-793, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. Apresentação. *In*: BARBOA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. s.p.

MEDINA, Graciela. **Daños em el derecho de família**. 2. ed. Santa Fé. Rubinzal-Culzoni, 2008.

MENDES, Marcela Custodio; COSTA, Ana Paula Pimentel. Diagnóstico Genético Pré-Implantacional: Prevenção, Tratamento de Doenças Genéticas e Aspectos Ético-legais. **Revista de ciências médicas e biológicas**, Salvador, v. 12, n. 3, p. 374- 379, 2013.

MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, n. 63, p. 52-91, jul./set. 2007.

MURTAUGH, Michael T. Wrongful birth: the Courts' dilemma in determining a remedy for a "Blessed Event", **Pace law review**, v. 27, n. 2, p. 241-304, Winter 2007. Disponível em: <http://digitalcommons.pace.edu/plr/vol27/iss2/3>. Acesso em: 9 jan. 2020.

NARDELLI, Eduardo Felipe; SÁ, Priscila Zeni de. Concepção indesejada (*wrongful conception*), nascimento indesejado (*wrongful birth*) e vida indesejada (*wrongful life*): Possibilidade de reparação na perspectiva do Direito Civil – Constitucional Brasileiro. **Revista brasileira de direito civil em perspectiva**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 160-161, jul./dez. 2016.

NAZAR, Fábio Murilo. **A tutela externa do crédito**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) – Faculdade de Direito Milton Campos, Belo Horizonte, 2009.

NOVA JERSEY. Suprema Corte de Nova Jersey. **Gleitman v. Cosgrove**. 1967. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1967/49-n-j-22-0.html>. Acesso em: 9 jan. 2020

NOVA JERSEY. Corte Distrital de Nova Jersey. **Grossbaum v Genesis Genetics Inst.** 2011. Disponível em: <https://casetext.com/case/grossbaum-v-genesis-genetics-institute-2>. Acesso em: 11 dez. 2019.

NUNES, Rui. O diagnóstico pré-implantatório. *In*: ARCHER, Luís; BISCAIA, Jorge; OSWALD, Walter (coord.). **Bioética**. Reimpressão da 1. ed.[S.l.]: Editorial Verbo, 1996, p. 183-192.

OLIVEIRA, Guilherme de. **Temas de direito da medicina**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

OLIVEIRA, Guilherme de. O direito do diagnóstico pré-natal. **Revista de legislação e de jurisprudência**, Coimbra, ano 132, n. 3898, p. 6-16, 1999.

O QUE é. **Movimento down**. Artigo da *web*. 2014. Disponível: <http://www.movimentodown.org.br/sindrome-de-down/o-que-e/>. Acesso em: 19 dez. 2019.

O QUE é fibrose cística. **Grupo brasileiro de estudos de fibrose cística**. Artigo da *web*. 2016. Disponível: <http://portalgbefc.org.br/o-que-e-fibrose-cistica/>. Acesso em: 19 dez. 2019.

O QUE são genes? **Instituto Oncoguia**. Artigo da *web*. 2015. Disponível em: <http://www.oncoguia.org.br/conteudo/o-que-sao-genes/8159/73/>. Acesso em: 28 nov. 2019.

PÁDUA, Amelia do Rosário Motta. **Responsabilidade civil na reprodução assistida**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

PINA, José António Esperança. **A responsabilidade dos médicos**. 3. ed. Lisboa: Lidel, 2003.

PINTO, Luís Guimarães. Ações *wrongful birth* e *wrongful life*: uma controvérsia sobre responsabilidade médica civil, **Revista Direito Lusíada**, Lisboa, n. 12, p. 357-387, 2014. Disponível em: http://repositorio.ulusiada.pt/bitstream/11067/1696/1/LD_12_14.pdf. Acesso em: 17 jan. 2020.

PINTO, Paulo Mota. Indenização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (*wrongful birth* e *wrongful life*). **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, Porto Alegre, v.10, n.3, p.75-99, 2008.

PODEWILLS, Lisa A. Traditional tort principles and wrongful conception child-rearing damages. **Boston university law review**, Boston, v. 73, p. 407-426, 1993.

PROJETO Genoma. **Algo sobre**. Artigo da *web*. 2018. Disponível em: <https://www.algosobre.com.br/biologia/projeto-genoma.html>. Acesso em: 28 nov. 2019.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **O dever de informar dos médicos e o consentimento informado**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

RAPOSO, Vera Lucia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life* e *wrongful birth*). **Revista do Ministério Público**, n. 132, p. 71-125, out./dez. 2012. Disponível em: http://rmp.smmp.pt/wp-content/uploads/2013/01/5.RMP_N132_VeraRaposo.pdf. Acesso em: 11 dez. 2019.

RAPOSO, Vera Lúcia. As *wrong actions* no início da vida (*wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*) e a responsabilidade médica. **Revista portuguesa de dano corporal**, [s.l.], ano 19, n. 21, p. 61-99, 2010.

RAPOSO, Vera Lúcia. Processos judiciais indevidos? (Há espaço para indemnização nas acções de *wrongful birth* e de *wrongful life* contra profissionais de saúde?). In: GOMES, Carla Amado; RAIMUNDO, Miguel Assis; MONGE, Cláudia (coord.). **Responsabilidade na prestação de cuidados de saúde**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2014. p. 96-125. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_jornadas_saude.pdf. Acesso em: 9 jan. 2020.

RIBEIRO, Gilberto Bezerra. Diagnóstico genético pré-implantação. *In*: SALLES, Alvaro Angelo (org.). **Bioética**: reflexões interdisciplinares. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2010. p. 127-144.

ROSA, João Pires da. Não existência – um direito! **Revista vulgar**, Coimbra Editora, n. 21, set. 2013. Disponível em: <http://julgat.pt/wp-content/uploads/2013/09/03-Pires-da-Rosa-n%C3%A3o-exist%C3%Aancia.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2019.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Responsabilidade civil no diagnóstico genético pré-implantatório e pré-natal: uma discussão biojurídica sobre danos morais e materiais em casos de wrongful birth e wrongful life. *In*: EHRHARDT JR., Marcos; BARROS, Daniel Conde (org.). **Temas de direito civil contemporâneo**. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 569-585.

SALES, Ramiro Gonçalves; ALCANTARA, Régis Luiz Jordão de. Diagnóstico genético de pré-implantação, dignidade da pessoa humana e eugenia liberal. *In*: CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (org.). **XXI Encontro Nacional do CONPEDI: Biodireito**. 1. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 878-909.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & erro de diagnóstico**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, Jorge César Ferreira da. **A boa-fé a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. *In*: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coord.). **Responsabilidade no direito de família**. São Paulo: Atlas, p.379-396, 2015.

SILVA, Sara Elisabete Gonçalves. Vida Indevida (*wrongful life*) e Direito à Não Existência. **RJLB**, n. 14, p. 123-158, 2015.

SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. Rudimentos da Responsabilidade Civil. **Revista da faculdade de direito do Porto**, Porto, v. 2, p. 349-390, 2005.

SOUZA, Iara Antunes de. **Aconselhamento genético e responsabilidade civil nas ações por concepção indevida (*wrongful conception*), nascimento indevido (*wrongful birth*) e vida indevida (*wrongful life*)**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

SOUZA, Iara Antunes de. **Responsabilidade civil decorrente do aconselhamento genético: concepção indevida (*wrongful conception*), nascimento indevido (*wrongful birth*), vida indevida (*wrongful life*) – possibilidades e perspectivas**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010.

SUSTEK, Petr; ŠOLC, Martin. Court decisions in wrongful birth cases as a possible discrimination against the child. **Espaço jurídico journal of law**, Joaçaba, v. 18, n. 1, p. 31-48, 2017.

SWANSON, Amy *et al.* Preimplantation genetic diagnosis technology and clinical application. **Winsconsin medical journal**, v. 106, n. 3, p. 145-151, 2007. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/38b9/fd0e586249e3b332793d3706ef3e4525ac12.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2019.

TAPÍA RODRÍGUEZ, Mauricio. Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales. **Revista de derecho**, Valdivia, v. 15, n. 2, p. 75-111, dic. 2003. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000200004. Acesso em: 11 dez. 2019.

TELES, Natália Oliva. Diagnóstico genético pré-implantação: aspetos técnicos e Considerações Éticas. **Acta medica portuguesa**: Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, Porto, v. 6, n. 24, p.987-996, 26 de maio de 2011. Disponível em: <https://www.actamedicaportuguesa.com/revista/index.php/amp/article/viewFile/1417/1006>. Acesso em: 28 nov. 2019.

TEFF, Harvey. The action for "wrongful life" in England and the United States, **International and comparative law quarterly**, Cambridge, v. 34, part 3, p. 423-441, 1985.

VARELLA, Maria Helena. Hidrocefalia. **Uol**, Brasil. Artigo da *web*. Disponível em: <https://drauziovarella.uol.com.br/doencas-e-sintomas/hidrocefalia/>. Acesso em: 24 fev. 2020a.

VARELLA, Maria Helena. Rubéola. **Uol**, Brasil. Artigo da *web*. Disponível em: <https://drauziovarella.uol.com.br/doencas-e-sintomas/rubeola/>. Acesso em: 24 fev. 2020b.

VICENTE, Marta de Sousa Nunes. Algumas reflexões sobre as ações de *wrongful life*: a jurisprudência Perruche. **Lex medicinae**, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, ano 6, n. 11, p. 117-141, jan./jun. 2009.

WEVERS, Kate. Prenatal Torts and Pre-Implantation Genetic Diagnosis. **Harvard Journal of Law & Technology**, v. 24, n. 1, p. 257-280, Fall 2010.

ANEXO A

**TERMO DE CIÊNCIA E CONCORDÂNCIA****ETAPAS PARA REALIZAÇÃO DO DIAGNÓSTICO PRÉ-IMPLANTACIONAL PARA
DOENÇAS MONOGÊNICAS (UltraPGD)**

Nós, (*esposa*) _____ e
(*marido*) _____,

declaramos estarmos cientes que para a preparação e consequente realização do Diagnóstico Genético Pré-Implantacional (PGD) em nossos embriões será necessário seguir as etapas abaixo.

(1) O Genesis Genetics Brasil faz o PGD para doenças monogênicas em parceria com o Genesis Genetics Institute (Detroit – EUA), onde serão realizados os procedimentos técnicos pertinentes às suas fases do diagnóstico: (a) estudo molecular prévio a análise embrionária e (b) análise do DNA embrionário.

(2) Antes de dar início ao PGD, o casal deverá agendar uma conversa (presencial ou via internet) com nossa geneticista para que os termos de consentimento e os detalhes técnicos do procedimento sejam discutidos e esclarecidos.

(3) Coletamos amostras de raspado bucal do casal e de mais alguns membros da família. Este procedimento é simples e o casal pode receber o kit de coleta em casa e nos enviar as amostras por correio;

(4) Enviamos as amostras de raspado bucal para os EUA para estudo e preparação das sondas moleculares que serão utilizadas no diagnóstico do embrião.

(5) Aproximadamente 8 semanas após o envio dos raspados bucais, o laboratório dos EUA estará pronto para receber as biópsias embrionárias e realizar o PGD.

(6) O processo de estimulação ovariana e, consequente início do tratamento de reprodução assistida, só deve acontecer depois que o PGD estiver aprovado. Nem todos os PGDs iniciados poderão ser finalizados com sucesso. Durante o período de padronização do teste existe um caminho longo e de alta complexidade tecnológica a ser percorrido. Em outras palavras, dar

início ao processo de desenvolvimento do diagnóstico não nos garante que teremos sucesso na sua conclusão.

(7) Do ponto de vista da embriologia, é imprescindível que depois de biopsiados, os embriões sejam vitrificados. Exclusivamente para este tipo de diagnóstico não é possível a realização da transferência

embrionária a fresco. Também é fundamental que as biópsias sejam realizadas em embriões no estágio de blastocisto (D5).

Quanto ao custo, este diagnóstico deve ser pago pelo paciente diretamente para o Genesis Genetics Institute, no momento do envio dos raspados bucais e com um cartão de crédito internacional. O valor do diagnóstico é de US\$ 3750 (três mil setecentos e cinquenta dólares), o que inclui o estudo inicial dos raspados bucais e o PGD, para até 8 (oito) embriões analisados.

Para o Genesis Genetics Brasil, deverão ser pagos R\$ 2.000,00 referentes aos trâmites de transporte e liberações alfandegárias e anuência da ANVISA para remessa expressa de material biológico. Este valor pode ser pago no final do tratamento, momento em que as biópsias serão enviadas para os EUA.

Nossa equipe se coloca inteiramente a disposição para o esclarecimento de qualquer dúvida.

Dra. Juliana Cuzzi – juliana@genesisgenetics.com.br

Gimena Aguiar – gimena@genesisgenetics.com.br

Atestamos estar de acordo:

Esposa:

Marido:

Data:

Data:

Rua Mato Grosso 306, Conjunto 506 – Bairro Higienópolis – São Paulo-SP

(11)2114-6654

www.genesisgenetics.com.br