

Recebido em: 14.06.2021
Aprovado em: 18.07.2021

Faculdade de Direito de
Cachoeiro de Itapemirim
Brasil

Volume 2, Número 1,
Ano 2
2021

ISSN 2184-7487

Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt



A responsabilidade civil objetiva nas wrongful actions e a hipótese de indenização por dano moral decorrente do abuso do direito de ação

*Stricti liability in the wrongful actions and the hypothesis of
indemnification for moral damages arising out of the abuse of
the law of action*

Gedson Alves da Silva¹

Larissa de Lima Vargas Souza²

Sumário: 1. Introdução. – 2. Síntese das controvérsias abordadas: parâmetros normativos e hermenêuticos da responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados. – 3. Articulação semântico-hermenêutica dos conceitos de wrongful actions – 4. Delineamento contextualizado do conceito de dano moral. – 5. O abuso do direito, a responsabilização civil objetiva e o dano nas wrongful actions em espécie. – 6. Conclusão. – 7. Referências.

Resumo: O presente artigo objetiva discutir a causa da pretensão indenizatória visando reparação por dano moral quando da interferência indevida de pessoa alheia ao contexto familiar que, ao exercer direito objetivo de impetrar habeas corpus- HC, frustra de uma gestante ou de sua família a oportunidade de interromper uma gestação de feto diagnosticado com gravíssima má formação. Este contexto faz emergir o problema da presente pesquisa: a possibilidade jurídica de uma pretensão reparatória caracterizada pelo manejo temerário de HC. Há divergências jurisprudenciais e doutrinárias a esse respeito, ora adotando o argumento qui iure suo utitur nemine facite damnum, ora o princípio geral do direito neminem laedere. Indaga-se, como hipótese, se os eventos de wrongful birth actions ligam-se à responsabilidade civil objetiva, considerando nascimentos indevidos como dano moral indenizável. Disso, haveria legitimidade na pretensão reparatória de dano moral em face daquele que agisse à sombra de uma pretensa proteção à vida do nascituro, em detrimento das escolhas lícitas de titulares de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Nascimento indevido. Abuso do direito. Dano moral. Responsabilidade civil objetiva.

Abstract: This article discusses the reparation of moral damages, when there is reckless and undue interference of person, outsider of the family context that exerts habeas corpus right, falsified by an apparent lawfulness that protects the unborn child, and frustrates a pregnant woman or her family with the opportunity to lawfully abort a pregnancy. This context gives rise to a judicial claim to repair this moral damage, via strict liability (wrongful birth action), for abuse of the right to action. There are jurisprudential and doctrinal differences in this respect, given the concept of the argument qui iure suo utitur nemine facite damnum, contrary to the general principle of law neminem laedere. The thesis of strict liability is linked as decided by the collegiate superior court, considering the punitive damages. In conclusion, there is hypotheses justifying the strict liability of the abuser of the right and it violates the right of another person to lawfully interrupt a pregnancy, causing moral damages.

Keywords: Wrongful birth. Abuse of right. Moral damages. Strict liability.

1 Gedson Alves da Silva. Licenciado em Ciências Biológicas. Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Alegre. Graduando em Direito. Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim. Técnico Legislativo Sênior. Poder Legislativo. Município de Marataízes – ES. Consultor Interno. Secretaria Municipal de Saúde de Cachoeiro de Itapemirim. Espírito Santo. Brasil. E-mail: gedson.as@gmail.com

2 Larissa de Lima Vargas Souza. Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Especialista em Direito Constitucional. Professora de Direito do Instituto Federal do Espírito Santo - IFES - Campus Linhares. Mentora/ Consultora Jurídica da Incubadora do IFES. Professora dos cursos de Pós Graduação Lato Sensu em Direito da Faculdade de Direito de Vitória - FDV e do Centro Universitário FAESA. Professora dos cursos de Graduação em Direito da Faculdade do Espírito Santo - FACES e da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim - FDCI. Advogada. E-mail: larissa.lv@hotmail.com.

I Introdução

Pela leitura analítica deste trabalho será evidenciado que as wrongful actions tendem a vir acompanhadas de dor e sofrimento exacerbados. Embora o ordenamento reconheça e considere esses elementos subjetivos, que têm o condão de quantificar o dano a partir de aspectos da personalidade humana, não são estes, porém e por si sós, aptos a caracterizarem o elemento essencial do dano extrapatrimonial.

Nesse contexto, faz-se mister refletir, em grau de similitude³ deontológica⁴, acerca das indagações que orbitam a problematização dos eventos de wrongful actions (wrongful pregnancy, wrongful conception, wrongful birth), bem como de suas demandas, enquanto fatos intimamente ligados à vida humana - em especial às vidas do nascituro, da gestante e da família - e se os eventuais danos decorrentes podem ser considerados danos indenizáveis na ordem civil nacional.

A par disso, há de se considerar se, nessas hipóteses, haveria legítima e cabível pretensão reparatória por dano extrapatrimonial em face daquele que agisse sob o manto da proteção do direito à vida do nascituro, em detrimento de direitos da personalidade titularizados pelos pais, albergados pelo debate em torno das wrongful actions.

Será utilizado o exercício dialético hegeliano⁵ abstrato, à luz da doutrina divergente, de modo a fundamentar a teoria de que, em concreto, tal interferência revela-se ilícito civil positivado como abuso de (do) direito, à margem do viés de confirmação⁶. Em seguida, advém a necessidade de bem delinear o abuso do direito (art. 187/CC/2002)⁷, enquanto ato ilícito civil, à responsabilidade civil objetiva

3 “O trabalho teórico tem na sistematização efetuada sobre o material empírico – seleção, organização, classificação, tipificação, categorização – um estágio prévio: é sobre ela que a se estrutura a teoria, produzindo uma similitude ideal que procura contemplar a organização intrínseca da empiria, abordada por meio de um forte e rigoroso tratamento analítico. O resultado da elaboração teórica, o produto teórico, é um modelo que a razão elabora a partir do objeto empiricamente dado.” (PADUA, Marcus Alexandre de; TRIANI, Felipe da Silva; CAVALCANTI, Eliane Cristina Tenório; NOVIKOFF, Cristina. A dimensão ontológica: um caminho possível para a concretização da interdisciplinaridade. *Educação e Pesquisa*, São Paulo, v. 44, 2018, p. 14). Disponível em <<http://www.scielo.br>. Acesso em 08 Jan. 2019.

4 “Exemplos de conceitos deontológicos são os conceitos de dever, proibição, permissão e de direito a algo. Comum a esses conceitos, como será demonstrado mais adiante, é o fato de que podem ser reduzidos a um conceito deontológico básico, que é o conceito de dever ou de dever-ser.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. OLIVEIRA G. B. de M. (Trad.). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017, p. 145).

5 “Em realidade, a dialética hegeliana constitui, já adiantando a conclusão final, um sistema de compreensão da realidade, diante de um processo em contínuo movimento no qual o antecedente se supera e conserva no precedente, se transformando, imediatamente, em um novo antecedente, a ser novamente superado e conservado, e assim por diante, em um ciclo interminável de crescente determinação.” (FERREIRA, Fernando Guimarães. A dialética hegeliana: uma tentativa de compreensão. *Rev. Estudos Legislativos*. Ano 7, n. 7, p. 167 a 184. Porto Alegre: 2013, p. 168). Disponível em <<http://submissoes.al.rs.gov.br>> Acesso em 08 Jan 2018.

6 O que se vislumbra em sede de pesquisa acadêmica, constrói-se à margem do viés de confirmação: “o termo refere-se à tendência de procurarmos a informação que apenas confirma aquilo que já sabemos, de aceitarmos apenas os factos que reforçam as nossas teses preferidas e de rejeitarmos os dados que põem em causa aquilo que para nós é a verdade. (NICHOLS, Thomas. *A morte da competência*. Quetzal: Lisboa, 2018, p. 69).

7 BRASIL. CCB/2002: “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.”

(parágrafo único do art. 927, CC/2002⁸), ponto de embate doutrinário que cerca essa inter-relação⁹, pois há firme crítica no campo hermenêutico quanto à licitude albergada pelas wrongful actions¹⁰. Como direito objetivo, exercido para além de sua função deontológico-normativa, o abuso de direito será tratado pela ótica do exercício irregular do habeas corpus, cujo paciente seja o nascituro e o impetrante, por sua vez, aquele terceiro interveniente.

É de se considerar parte do acervo jurisprudencial¹¹ do Supremo Tribunal Federal acerca do debate da interrupção voluntária da gestação que serviu de base

8 BRASIL. CCB/2002: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

9 “O abuso do direito é um ato ilícito, todavia, um ilícito objetivo. Ou seja, ao contrário do tradicional ilícito subjetivo centrado na culpa e na violação formal de uma regra (art. 186, CC). [...] A “responsabilidade objetiva” não passa de uma obrigação de indenizar independentemente da existência de um ilícito (seja este o do art. 186 ou o do art. 187 do CC). Se houve ou não um ato ilícito, tal discussão é despicienda nesse âmbito, pois a imputação objetiva requer apenas uma relação de causalidade entre a atividade do agente e o dano injusto, justificada por uma norma especial ou pelo risco inerente àquela atividade (art. 927, parágrafo único do CC). Destarte, exclua-se qualquer vínculo entre o abuso do direito e a responsabilidade objetiva.” (ROSENVALD, Nelson. O direito civil em movimento: desafios contemporâneos. 2. ed., rev. e atua. Juspodivm: Salvador, 2018, p. 203;204).

“Não se olvide que a positivação da vedação ao abuso de direito tem origem na evolução da teoria dos direitos subjetivos”. [...] Com o devido respeito aos juristas por último citados, não vejo problema em se entender pela presença de um ilícito, na linha das lições de Limongi França antes destacadas. Ademais, há total compatibilidade, nesses mais de quinze anos de vigência do Código Civil de 2002, entre o abuso de direito e a responsabilidade objetiva ou sem culpa, como ainda será aqui desenvolvido, sendo a posição pelo critério objetivo-finalístico a que prevalece no Direito Privado brasileiro TARTUCE. Flávio. Manual de direito civil. 7 ed. São Paulo: Método, 2017, p. 66)

10 “O direito à vida é inviolável e, se dúvidas houvesse, no tocante a abrangência com que de ser interpretado o preceito constitucional, elas dissipar-se-iam pela imprescindível consideração da inexistência de diferenças ontológicas entre um embrião com 10 semanas e um embrião com 11 semanas, bem assim entre um embrião e uma criança já nascida. [...] temos muitas dúvidas de que a argumentação [pró aborto] possa ser aceite, sobretudo pela consciência da fragilidade da vida em questão e pela necessidade de a proteger diante de tamanha vulnerabilidade.” (BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. Lições de responsabilidade civil. Príncipeia: Caiscais, 2017, p. 321-322.)

11 Os efeitos legais firmados nos autos ADPF 54, no HC 124.306, na ADI 3.510, e os argumentos carreados pela Procuradoria Geral de Justiça na ADI 5.581 e ADPF 442, orientam, em casos específicos, face a relativização do direito a vida do nascituro, a possibilidade de se considerar como dano o indevido óbice à IVG.

ao julgamento de Recurso Especial¹² no Superior Tribunal de Justiça, para reconhecer que o impetrante de um Habeas Corpus não pode invadir o direito de escolha e as liberdades de determinado casal que tenha, licitamente, decidido interromper uma gestação.

Dessa interferência deletéria de um autor do Habeas Corpus, aquele casal ajuizou ação de reparação de dano moral sob a alegação de que houve manejo indevido do remédio constitucional (Habeas Corpus) e inequívoco abuso do direito de ação, com fundamento, em especial, no art. 187 do CCB/2002, tendo seus pedidos não providos em primeira e segunda instâncias, sentenças essas revertidas somente em Recurso Especial no STJ, fato que reforça a necessidade do debate proposto.

O presente estudo pretende ater-se ao pressuposto do dano, indagando sua verificação - o que implicará verificar em que situações uma wrongful action expressará um bem jurídico merecedor de tutela no contexto do ordenamento jurídico brasileiro e cuja lesão ensejará reparação de dano patrimonial e/ou extrapatrimonial. Para isso, lança-se mão de material doutrinário do sistema jurídico civil law e de situações fáticas judicializadas ligadas à temática. Recorre-se à doutrina estrangeira, da literatura portuguesa, haja vista este país debater as questões dos danos decorrentes das wrongful actions desde o início do século XX¹³.

II Síntese das controvérsias abordadas: parâmetros normativos e hermenêuticos da responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados

Segue o presente, a partir de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, com o desiderato de substanciar reflexões acerca das escolhas individuais de mulheres e famílias que ainda sofrem com o patriarcalismo e o conservadorismo dogmático-

12 “1. Controvérsia: dizer se o manejo de habeas corpus, pelo recorrido, com o fito de impedir a interrupção da gestação da primeira recorrente, que tinha sido judicialmente deferida, caracteriza-se como abuso do direito de ação e/ou ação passível de gerar responsabilidade civil de sua parte, pelo manejo indevido de tutela de urgência. 2. Diploma legal aplicável à espécie: Código Civil – arts. 186, 187, 188 e 927[...] 4 Necessidade de perquirir sobre a ilicitude do ato praticado pelo recorrido, buscando, na existência ou não - de amparo legal ao procedimento de interrupção de gestação, na hipótese de ocorrência da síndrome de body stalk e na possibilidade de responsabilização, do recorrido, pelo exercício do direito de ação - dizer da existência do ilícito compensável; [...] 7. A sôfrega e imprudente busca por um direito, em tese, legítimo, que, no entanto, faz perecer no caminho, direito de outrem, ou mesmo uma toldada percepção do próprio direito, que impele alguém a avançar sobre direito alheio, são considerados abuso de direito, porque o exercício regular do direito, não pode se subverter, ele mesmo, em uma transgressão à lei, na modalidade abuso do direito, desvirtuando um interesse aparentemente legítimo, pelo excesso. 8. A base axiológica de quem defende uma tese comportamental qualquer, só tem terreno fértil, dentro de um Estado de Direito laico, no campo das próprias ideias ou nos Órgãos legislativos competentes, podendo neles defender todo e qualquer conceito que reproduza seus postulados de fé, ou do seu imo, havendo aí, não apenas liberdade, mas garantia estatal de que poderá propagar o que entende por correto, não possibilitando contudo, essa faculdade, o ingresso no círculo íntimo de terceiro para lhe ditar, ou tentar ditar, seus conceitos ou preconceitos. [...] 10. Dessa forma, assentado que foi, anteriormente, que a interrupção da gestação da recorrente, no cenário apresentado, era lícito, sendo opção do casal – notadamente da gestante – assumir ou descontinuar a gestação de feto sem viabilidade de vida extrauterina, há uma vinculada remissão à proteção constitucional aos valores da intimidade, da vida privada, da honra e da própria imagem dos recorrentes (art. 5º, X, da CF), fato que impõe, para aquele que invade esse círculo íntimo e inviolável, responsabilidade pelos danos daí decorrentes.” 11. Recurso especial conhecido e provido. STJ. REsp 1.467.888-GO. 5ª T. Rel.: Min. Nancy Andrighi. Jul. 20/10/2016. DJe: 25/10/2016.

13 PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade e direitos fundamentais: estudos. 1 ed. Coimbra: Gestlegal, 2018, p. 738.

religioso¹⁴ ao exercerem seus direitos já devidamente tutelados pelo ordenamento jurídico. Verifica-se que essa e outras discussões lançadas sobre o tema proposto estão em voga em maior proporção nos planos dos direitos europeu e estadunidense do que no direito brasileiro.

Pari passu, será adotada a teoria mista quanto à aplicabilidade do abuso do direito enquanto ato ilícito, visando a expandir o entendimento acerca desse instituto, cujas acepções ressoam perfeitamente com a matéria tratada e com as cláusulas gerais em campo.

Entende-se que o abuso de direito, ilicitamente tratado, coadunado com o tema percorrido, é o paradigma normativo-axiológico independente, compreendido no espectro volitivo, de ordem subjetiva, dirigido à ação, cuja reprimenda encontra amparo na Lei Civil de 2002, que serve de mecanismo de garantia e proteção, via de responsabilização civil em suas funções, da autonomia privada, exercícios das liberdades e garantias individuais, autodeterminação e reafirmação da vida em sociedade¹⁵, que correspondem a um amplo rol de direitos da personalidade da gestante e próprio nascituro¹⁶.

Dentre as situações jurídicas que se podem deduzir da discussão acerca das wrongful actions destaca-se, no presente estudo, a hipótese de responsabilização civil objetiva por dano moral face a frustração de interrupção de gestação, caracterizada dentre as espécies de wrongful actions (wrongful conception, wrongful pregnancy, wrongful birth) nas condições amparadas pelo ordenamento jurídico pátrio^{17;18}, diante da intervenção abusiva de terceiro que age à luz do exercício de um direito objetivo.

Concepções, gravidezes e nascimentos indesejados (espécies das wrongful actions) podem ocorrer das maneiras mais variadas, tornando-se ineficaz a criação de um modelo lógico e unívoco capaz de informar com precisão, concretamente, o

14 Tratam a respeito desse tema as autoras: (MORAES Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.); (BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. op. cit., 2017).

15 BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. op. cit., 2017.

16 “Classificamos os direitos da personalidade de acordo com a proteção à: a) vida e integridade física (corpo vivo, cadáver, voz); b) integridade psíquica e criações intelectuais (liberdade, criações intelectuais, privacidade, segredo); c) integridade moral (honra, imagem, identidade pessoal). Ressalve-se, porém, que a relação aqui feita não deve ser considerada taxativa, mas apenas fruto de uma reflexão sobre os principais direitos personalíssimos, até mesmo porque qualquer enumeração jamais esgotaria o rol dos direitos da personalidade, em função da constante evolução da proteção aos valores fundamentais do ser humano.” (STOLZE, Pablo Gagliano; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: parte geral. 14 ed. rev., atual e ampl. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 168).

17 BRASIL. CP/1940. Art. 128 – “Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro: II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.”

18 “Estado. Laicidade. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. Feto anencéfalo. Interrupção da gravidez. Mulher. Liberdade sexual e reprodutiva. Saúde. Dignidade. Autodeterminação. Direitos fundamentais. Crime. Inexistência. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos i e ii, do código penal.” STF. ADPF 54. T. Pleno Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 12/04/2012. DJe. 29/04/2013. Public 30/04/2013.

abrigo jurisdicional no qual se amolda toda essa complexidade¹⁹ de fatores, sob o risco, inclusive, de limitar o alcance semiótico das wrongful actions, inadvertidamente, em causas vindouras.

Do sistema judiciário brasileiro, subordinado ao atual padrão legislativo e à cultura social ainda arraigada ao patriarcalismo, embora tenha avançado no tema da interrupção voluntária da gestação (IVG), os limites normativos e hermenêuticos que orientam a responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados, no ordenamento brasileiro, parecem extremamente áridos, consoante as hipóteses de efetivação das IVGs lícitas no Brasil.²⁰

Evidencia-se um ambiente, até então pouco fértil, à possibilidade de indenização por dano moral fundado em abuso do direito via responsabilidade civil objetiva, pois se está em campo considerar a vida do nascituro como dano indenizável²¹.

Açodada reflexão do tema pode levar a uma indevida interpretação dessa questão, dificultando, assim, não apenas a propositura de ações de reparação de danos, na hipótese, mas de uma verdadeira inibição do debate que, sem dúvida, suscita sopesamento axiológico-normativo entre as relações gestante/família/nascituro, cujo entendimento teórico-jurisprudencial está longe de ser unísono e pacífico²².

Não se olvide que as indevidas interferências no regular exercício do planejamento familiar²³ devem e merecem intervenção jurisdicional via responsabilização na ordem

19 Adota-se a tese luhmanniana de sistema complexo social, extraída do conceito estreito à demanda ora apresentada, do Direito como sistema autopoiético: “A distinção que constitui a complexidade assume a forma de um paradoxo: complexidade é a unidade de uma multiplicidade. Um fato é expresso em duas versões distintas: como unidade e como multiplicidade, e o conceito nega que se trate de algo distinto [...] de modo que a forma da complexidade é o limite para a ordem, onde ainda é possível que cada elemento se associe a cada tempo com outros elementos. O que excede a isso, necessita de seleção e produz, assim, um estado contingente, ou seja, toda ordem possível de ser reconhecida depende de uma complexidade, que deixa evidente, que algo diferente também seria possível.” (LUHMANN, N. O conceito de sociedade. In: NEVES, C. B. SAMIOS, E. M. B. (Org.). Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997, p. 136-137).

20 PETEFFI DA SILVA, Rafael, RAMMÊ, Adriana Santos. Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional. Vol. 1, n. 01, p. 121 a 143. dez. 2013, Santa Catarina. p. 122.

21 “Ainda temos poucos autores brasileiros que tratam a matéria. Com menção expressa às hipóteses típicas encontradas no Direito Norte-americano.” (PETEFFI DA SILVA, Rafael, RAMMÊ, Adriana Santos. Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional. Vol. 1, n. 01, p. 121 a 143. dez. 2013, Santa Catarina. p. 122).

22 “Nos casos de gravidez indevida, a violação da autonomia reprodutiva negativa ensejou a concepção e o conseqüente nascimento de uma criança, que pode ou não ser saudável. Ainda não é pacífica a aceitação da existência de danos decorrentes de wrongful conception, pois o nascimento de uma criança, mormente quando saudável, é considerado um evento abençoado e não um dano. Esta ponderação é denominada de “argumento do evento abençoado” ou the blessing argument. O argumento do evento abençoado” propugna que a gravidez, mesmo que indevida, não se presta a produzir nenhum tipo de dano, pois o nascimento de uma criança seria sempre uma benção. Nesta senda, considerar o nascimento de uma criança um dano seria o mesmo que repudiar o valor da vida humana.” (HOLANDA, Caroline Sátiro de. A gravidez indevida e o conseqüente 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. Vol. 12. Jul. a Set. 2017, p. 253 – 296, Revista dos Tribunais On Line. p. 256).

23 BRASIL. C.R.F.B./1988. “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 7º 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.”

civil capaz de, pecuniariamente, compensar essas vítimas, ainda que o dano causado refira-se às wrongful actions e às espécies em recorte^{24,25}.

Após a entrada em vigor do Código Penal, em 1940, em especial, o art. 128, I e II, houve alteração para inclusão de excludente de culpabilidade do ato de interromper uma gestação, somente em 2012/2013, com o julgamento da ADPF 54, e, por consequência do sobrestamento das ações repetitivas, um sem número de casos, até então puníveis, foram considerados materialmente atípicos. Logo, conclui-se que entre 1940 e 2019 houve apenas a inclusão de uma única cláusula exculpante, qual seja, anencefalia, fazendo permanecer, desde então, o enxuto rol de possibilidades lícitas de IVG.

Portudo isso, então, cabe analisar as teorias em voga e, a partir delas, desenvolver as hipóteses pelas quais as wrongful actions sejam consideradas, no contexto da responsabilidade objetiva, cuja compensação deriva-se do dano provocado por quem age exorbitando a função normativo-axiológica do direito objetivo (HC), em desacordo com o art. 187, e parágrafo único do art. 927, ambos do C.C.B./2002.

Diz-se isso, contrario sensu, pois a exegese jurídico-teórica das wrongful actions, até então, vem sendo marcada, ainda que não exclusivamente, pela culpa médica e orientada, sobremaneira, por pressupostos alinhados a gestações indevidas resultadas da conduta culposa do profissional da saúde^{26,27,28}.

Há inúmeros casos de interferência deliberada que afrontam o desejo e a decisão familiar de interromper uma gestação, cujos melhores exemplos são encontrados

24 “O dano moral tem como causa a injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem sua fonte na Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana (também identificado como o princípio geral de respeito à dignidade da pessoa humana).” (MORAES, Maria Celina Bodin de. op. cit. 2003, p. 132)

25 No âmbito nacional o tema desenrola-se sob a justificativa de que: “Dada a severa restrição à prática do aborto (art. 128 do CP), tais reclamações careceriam de suporte legal. Na hipótese de a lei futura permitir a interrupção da gravidez, devido a grave anomalia fetal – como propõem alguns legisladores – a ação de wrongful birth, certamente, surgiria também aqui.” KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil do médico. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 34.

26 “A wrongful conception pode decorrer das seguintes situações: 1) defeitos nos produtos utilizados como métodos anticoncepcionais (pílulas, preservativos, diafragma, DIU etc.); 2) falhas nas cirurgias esterilizantes, em decorrência de culpa do médico ou de outro profissional da saúde; 3) ausência do dever de informar acerca dos cuidados e dos riscos após a realização das cirurgias esterilizantes; 4) falha nos procedimentos abortivos, igualmente em razão de culpa do profissional da saúde; 5) não constatação de uma gravidez, por culpa dos profissionais da saúde, em tempo viável para realização da interrupção da gravidez, impossibilitando, com isso, o exercício do direito ao aborto. (HOLANDA, Caroline Sátiro de. op. cit. Jul. a Set. 2017, p. 256).

27 “Apesar da inegável multiplicidade de motivos para o surgimento da gravidez indesejada, abarcando até mesmo o rompimento de preservativos, não há dúvidas de que as causas da grande maioria das demandas apreciadas judicialmente são: i. falhas cometidas em procedimentos de laqueadura tubária (incluindo a falha no dever de informar); ii. falhas cometidas em procedimentos de vasectomia (incluindo a falha no dever de informar); e iii. uso de medicamentos contraceptivos sem eficácia, com destaque para o conhecido caso das “pílulas de farinha”, do medicamento Microvlar.”(PETEFFI; RAMMÊ. op. cit., 2013, p. 130).

28 “Os termos wrongful conception, wrongful birth e wrongful life são espécies de ações indenizatórias que têm por fundamento uma falha médica que resulta em uma concepção, gravidez ou nascimento indesejado.” (CONPEDI. Cidadania e desenvolvimento sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito. Coord. BEZERRA, Eudes Vitor; TEIXEIRA, João Paulo Allain; FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Florianópolis, 2016, p. 300).

em ações de habeas corpus²⁹ manejados por terceiros ou pelo Estado, tendo como pacientes o nascituro, quando aqueles tomam conhecimento de eminente IVG^{30,31}.

Nesse contexto, o acervo jurisprudencial³² do Supremo Tribunal Federal acerca do debate da interrupção voluntária da gestação serviu de base ao julgamento de

29 “Habeas corpus. Penal. Pedido de autorização para a prática de aborto. Nascituro acometido de anencefalia. Indeferimento. Apelação. Decisão liminar. Da relatora ratificada pelo colegiado deferindo o pedido. Inexistência de previsão legal. Idoneidade do writ para a defesa do nascituro.” STJ. T. Pleno. Habeas Corpus. Rel. Min. Laurita Vaz. n.º 32.159/RJ. Jul. 17.02.2004. DJe. 22.03.2004.

“Habeas corpus. Penal e processual penal. Submissão do writ ao colegiado. Excepcionalidade do caso. Interrupção de gravidez. Paciente que sofre de patologia cujo tratamento não recomenda o prosseguimento da gestação. Não conhecimento. Ausência de prova pré-constituída. Writ instruído precariamente. Impossibilidade de análise. Ordem não conhecida.” TJCE. Habeas Corpus n.º 0031579-86.2013.8.06.0900 Rel. Des. Francisca Adelinei de Viana. DJe. de 21/01/2014.

“Habeas corpus. Medida liminar. Submissão do exame do pedido urgente ao colegiado. Excepcionalidade do caso. Interrupção de gravidez. Gestante que sofre de moléstia, cujo tratamento é incompatível com o prosseguimento da gestação.” STJ. 5ª T. Rel. Min. Campos Marques. Habeas Corpus n.º 266445/GO. Jul. 19.03.2013. DJe: 12.04.2013.

30 “Nossa Constituição assevera: ‘Conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder’ (art. 5.º, LXVIII). O direito ao habeas corpus, que vem desde a Magna Carta (1215), cláusula 29, perpassa toda a história do common law inglês (Habeas Corpus Act, 1679) e estadunidense e encontra abrigo na tradição luso-brasileira,³⁰¹ constitui writ constitucional que visa à tutela do direito à liberdade de locomoção. Pelo seu objeto – a liberdade individual – e pela sua função de controle sobre a juridicidade da atuação estatal, facilmente se percebe sua íntima ligação com o Estado Constitucional. O habeas corpus consubstancia-se na garantia da liberdade individual diante do poder estatal, sendo anteparo de fundamental importância à pessoa diante do Estado. É uma Cristina Sánchez RodasGuilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 998).

31 Fato é que o habeas corpus: “Destina-se a proteger o indivíduo contra qualquer medida restritiva do Poder Público à sua liberdade de ir, vir e permanecer. A jurisprudência prevalecente no STF é dominante no sentido de que não terá seguimento habeas corpus que não afete diretamente a liberdade de locomoção do paciente. Em que pese a extensão e a amplitude que essa interpretação tem assumido, não impressiona, contudo, o argumento de que o habeas corpus é o meio adequado para proteger tão somente o direito de ir e vir do cidadão em face de violência, coação ilegal ou abuso de poder. Outrossim, ressalte-se que, se a coação à liberdade individual comumente advém de atos emanados do Poder Público, não se pode descartar a possibilidade da impetração de habeas corpus contra atos de particular”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 368.

32 Os efeitos legais firmados nos autos ADPF 54, no HC 124.306, na ADI 3.510, e os argumentos carreados pela Procuradoria Geral de Justiça na ADI 5.581 e ADPF 442, orientam, em casos específicos, face a relativização do direito a vida do nascituro, a possibilidade de se considerar como dano o indevido óbice à IVG.

Recurso Especial³³ no Superior Tribunal de Justiça, provido à unanimidade que, somente em 2016, reconheceu que o impetrante de um Habeas Corpus, cujo paciente fora um nascituro diagnosticado com gravíssima má-formação congênita, nos idos do ano de 2005, invadiu, por razões religiosas³⁴, o direito de escolha e as liberdades daquele casal que decidira interromper a gestação.

O casal, irrisignado com a interferência deletéria do autor do Habeas Corpus, ajuizou ação de reparação de dano moral sob a alegação de que houve manejo indevido do remédio constitucional (Habeas Corpus), resultando grave e inútil sofrimento à mãe, mesmo tendo obtido decisão judicial favorável à IVG e, naquele contexto, vislumbrou inequívoco abuso do direito de ação, com fundamento, em especial, no art. 187 do CCB/2002, tendo seus pedidos não providos em primeira e segunda instâncias, sentenças essas revertidas somente em Recurso Especial no STJ, fato que reforça a necessidade do debate proposto.

Diz-se, pois, que o referido acórdão é marco jurisprudencial ao prever que um nascimento indevido ou indesejado, resultante de uma gestação desejada ou não (pois é possível que a gestação tenha sido desejada e no seu desenvolvimento tornar-se indesejada), é capaz de gerar dano extrapatrimonial no ordenamento jurídico brasileiro, malgrado a tutela à vida do nascituro.

A controvérsia nessa seara é grande, de modo que há famílias que sofrem à espera de uma teoria clara capaz de informar, com certo grau de razoabilidade e segurança, suas possibilidades reais e jurídicas quanto à reprimenda legal em face

33 “1. Controvérsia: dizer se o manejo de habeas corpus, pelo recorrido, com o fito de impedir a interrupção da gestação da primeira recorrente, que tinha sido judicialmente deferida, caracteriza-se como abuso do direito de ação e/ou ação passível de gerar responsabilidade civil de sua parte, pelo manejo indevido de tutela de urgência. 2. Diploma legal aplicável à espécie: Código Civil – arts. 186, 187,188 e 927[...]

4 Necessidade de perquirir sobre a ilicitude do ato praticado pelo recorrido, buscando, na existência ou não - de amparo legal ao procedimento de interrupção de gestação, na hipótese de ocorrência da síndrome de body stalk e na possibilidade de responsabilização, do recorrido, pelo exercício do direito de ação - dizer da existência do ilícito compensável; [...] 7. A sôfrega e imprudente busca por um direito, em tese, legítimo, que, no entanto, faz perecer no caminho, direito de outrem, ou mesmo uma toldada percepção do próprio direito, que impele alguém a avançar sobre direito alheio, são considerados abuso de direito, porque o exercício regular do direito, não pode se subverter, ele mesmo, em uma transgressão à lei, na modalidade abuso do direito, desvirtuando um interesse aparentemente legítimo, pelo excesso. 8. A base axiológica de quem defende uma tese comportamental qualquer, só tem terreno fértil, dentro de um Estado de Direito laico, no campo das próprias ideias ou nos Órgãos legislativos competentes, podendo neles defender todo e qualquer conceito que reproduza seus postulados de fé, ou do seu imo, havendo aí, não apenas liberdade, mas garantia estatal de que poderá propagar o que entende por correto, não possibilitando contudo, essa faculdade, o ingresso no círculo íntimo de terceiro para lhe ditar, ou tentar ditar, seus conceitos ou preconceitos. [...] 10. Dessa forma, assentado que foi, anteriormente, que a interrupção da gestação da recorrente, no cenário apresentado, era lícito, sendo opção do casal – notadamente da gestante – assumir ou descontinuar a gestação de feto sem viabilidade de vida extrauterina, há uma vinculada remissão à proteção constitucional aos valores da intimidade, da vida privada, da honra e da própria imagem dos recorrentes (art. 5º, X, da CF), fato que impõe, para aquele que invade esse círculo íntimo e inviolável, responsabilidade pelos danos daí decorrentes.” 11. Recurso especial conhecido e provido. STJ. 5ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi. REsp 1.467.888-GO. Jul. 20.10.2016. DJe: 25.10.2016.

34 “Se eu soubesse que Geovana havia sobrevivido e que seus pais estavam em Morrinhos, sem dúvida eu teria ido visitá-los, acompanhá-los durante a gestação, oferecer-lhes assistência durante o parto (como fizemos com tantas outras gestantes) e, em se tratando de uma criança com risco de morte iminente, batizá-la logo após o nascimento. E se ela falecesse, para mim seria uma honra fazer suas cerimônias fúnebres acompanhando a família até o cemitério.” (CRUZ, Lodi. op. cit., 2016, s.p).

daquele que atente contra suas decisões³⁵, quais sejam, de interrupção lícita de uma gestação.

III Articulação semântico-hermenêutica dos conceitos de *wrongful actions*

Tratam-se as *wrongful actions*³⁶ de gênero semântico que remete a ações de indenização de dano patrimonial, em sua maioria, quando há falha médica procedimental ou quando há defeito no método contraceptivo³⁷, acompanhadas, eventualmente, de pretensão indenizatória de cunho extrapatrimonial, pelo fato de os genitores considerarem ofensa a direitos da personalidade.³⁸

Por suposto, as espécies litigiosas, derivadas do nominado gênero *Wrongful Actions*, quais sejam *Wrongful Birth*, *Wrongful Life* e *Wrongful Conception*, no Brasil, vinculam-se à teoria de perda de chance³⁹, por impossibilidade de exercício do direito ao planejamento familiar⁴⁰.

O presente estudo não passa pelo viés especulativo da perda da chance, nem tampouco seus eventuais desdobramentos, pois não se está em causa uma conduta fundada em culpa médica.

Visa-se a analisar as hipóteses para uma imputação objetiva, cuja indenização deriva da responsabilidade civil objetiva, materializada no abusivo exercício de um direito que se afigura como causa de um dano. Neste ensejo, os conceitos subjacentes

35 Para elucidar parâmetros à identificação do terceiro cuja responsabilidade pretende-se deflagrar na presente pesquisa, recorre-se a ensinamentos doutrinários erigidos na identificação do terceiro em relações obrigacionais.

É necessário analisar a contraposição parte-terceiro de acordo com o momento de sua verificação – pois a caracterização do terceiro nem sempre será uma constante –, o contexto de sua posição diante da relação obrigacional e a interferência entre as diversas posições que podem ser detectadas entre partes e terceiro. O autor reconhece, então, o caráter relativo e variável da configuração do terceiro: “A qualificação de terceiro não é entendida como uma classificação naturalística e considerada constante; pelo contrário, ela tem, essencialmente, caráter de relatividade e variabilidade, em função dos interesses que estão em jogo. É decisivo, para a atribuição de qualificação, o critério do interesse protegido pelo direito, unido à cognoscibilidade da relação em discussão e ao caráter independente ou subordinado da posição jurídica, tendo também em conta a interferência entre posições diversas”. (BETTI apud MULHOLLAND, Caitlin. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. In MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 266-267).

36 “As intervenções efetuadas no âmbito do mencionado processo assistencial permitem, cada vez mais cedo, identificar anomalias congénitas, síndromes polimalformativas, defeitos do tubo neural e défices cognitivos. É nesta conjuntura que surgem as, usualmente repartidas em três categorias: *wrongful birth* (“nascimento indevido”), *wrongful life* (“vida indevida”) e *wrongful conception* (“concepção indevida”)3, como situações nas quais, por virtude de diminuída diligência, o médico falha no diagnóstico pré-concepcional, pré-natal, ou no diagnóstico genético pré-implantatório.” (DUARTE, Sara Cristina Gomes. *Wrongful Birth, Wrongful Life e Wrongful Conception: a Admissibilidade das Wrongful Actions à luz da Dogmática Comum da Responsabilidade Civil. Dissertação de Mestrado*. Faculdade de Direito da Escola do Porto. Portugal, Porto, 2017, p. 12.) Disponível em <<https://repositorio.ucp.pt>>. Acesso em 31 mar. 2017.

37 Os casos de vasectomia e laqueadura tubária não encontram na dificuldade de enquadramento dos casos de nascimento indesejado dentro da moldura de dano indenizável brasileira o seu maior empecilho para concessão de indenização para as vítimas. (PETEFFI, Rafael; RAMMÊ, Adriana Santos. op. cit. 2013, p. 131).

38 (PETEFFI, Rafael; RAMMÊ, Adriana Santos. op. cit. 2013).

39 “As ações de concepção e nascimento indesejadas têm em comum a possibilidade de reparação da chance perdida. Nesses casos, os genitores da criança perdem a chance de interromper a concepção ou a gravidez. Trata-se, portanto, de um evento aleatório que segue o seu curso – e que poderia ter sido interrompido, caso não houvesse a falha do médico no diagnóstico ou na informação – e que se conhece o resultado final: a concepção ou o nascimento”. (CONPEDI. op. cit. 2016, p. 310).

40 BRASIL. C.R.F.B/1988. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º 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.

tratados englobam as wrongful birth actions e wrongful conception actions. Não fazem parte do estudo as circunstâncias aprofundadas derivadas das wrongful life actions.

Derivadas do direito estadunidense na década de 1960, as wrongful actions ganharam espaço no ordenamento jurídico global com a repercussão do caso Zepeda vs. Zepeda⁴¹, cujo precedente possibilitou, nos EUA, o início das discussões teórico-axiológicas acerca da possibilidade jurídica de indenização por wrongful actions.⁴²

Na Europa, especialmente na França, a lei anti-perruché foi reflexo da pretensão indenizatória cujo impulso decisivo para a difusão e discussão midiática deste problema, no contexto europeu, foi dado pelo célebre arrêt Perruché, da Cour de Cassation, de 17 de Novembro de 2000⁴³.

O caso Perruché⁴⁴ refere-se a malformações gravíssimas de Nicolas Perruché decorrentes de uma infecção viral por Rubivirus⁴⁵ contraída pela mãe na fase gestacional. A mãe alegou que, houvessem o médico e o laboratório demandados sido diligentes e eficazes no diagnóstico, teria ela optado pela interrupção da

41 “Esta ação foi interposta pelo filho face ao seu progenitor. Zepeda não padecia de qualquer deficiência ou patologia genética, no entanto, requereu uma indemnização contra o seu pai. Alegava uma vida indevida porque tinha sido concebido fora do casamento, mediante relações sexuais induzidas por falsas promessas de casamento. Como filho ilegítimo provinham-lhe vários e graves prejuízos para a sua vida, nomeadamente para a vida profissional pela discriminação social, pretendendo ser ressarcido por isso. Tal pedido foi julgado improcedente pelo tribunal. Neste caso, a expressão wrongful life generalizou-se em contraposição à expressão wrongful death (nestas ações o pedido tinha por base a vida que deveria ter continuado e à qual foi posto termo). (SILVA, Sara Elisabete Gonçalves da. Vida indevida (wrongful life) e direito à não existência. Lusíada Direito. Lisboa, 2015, p. 123 a 155. Disponível em <<http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/2384/2522>> Acesso em 10 jan 2019., p. 128-129).

42 “A expressão wrongful life foi utilizada pela primeira vez em 1963, no caso Zepeda vs. Zepeda, por um tribunal do Illinois. O uso desta nomenclatura generalizou-se por contraposição ao ilícito da “morte indevida” (wrongful death), pretendendo significar qualquer acção em que se invocasse a vida como dano.” (SIMOES, Fernando Dias. Vida indevida? As acções por wrongful life e a dignidade da vida humana. Tékhne Barcelos. N. 13, p. 187 a 203. Junho de 2010, p. 187. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-99112010000100010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 27 dez. 2019).

43 “O Tribunal da Cassação, reunido em assembleia plenária, decidiu que a criança tinha direito a uma indemnização porque as faltas cometidas pelo médico e pelo laboratório tinham impedido a possibilidade de a mãe interromper a gravidez e assim evitar o nascimento do filho. Pela primeira vez, um tribunal superior concedia indemnização à criança deficiente pelo simples facto de esta ter nascido.” (SIMÕES, Fernando Dias. Op. citi. 2010, p. 190).

44 No caso, a culpa médica, por negligência, não diagnosticou a infecção viral, frustrando à mãe o direito de escolha pela interrupção da gravidez. Em síntese, a Cour de Cassation julgou procedente o pedido inicial e condenou médico e laboratório a reparar, de forma pecuniária à criança, em ação de dano resultante dessas malformações. (FRANÇA. Arrêt Perruché. Cour de Cassation. Nov. 2000). Disponível em <www.courdecassation.fr> Acesso em 28 dez 2018.

45 “No campo das doenças infecto-contagiosas, a importância epidemiológica da Rubéola está representada pela ocorrência da Síndrome da Rubéola Congênita (SRC) que atinge o feto ou o recém-nascido cujas mães se infectaram durante a gestação. A infecção na gravidez acarreta inúmeras complicações para a mãe, como aborto e natimorto (feto expulso morto) e para os recém-nascidos, como malformações congênitas (surdez, malformações cardíacas, lesões oculares e outras).” (BRASIL. Ministério da Saúde. Saúde de A a Z: rubéola. Informativo. 02 de Maio de 2017). Disponível em <<http://portalms.saude.gov.br/saude-de-a-z/rubeola>> Acesso em 10 jan. 2019.

gestação^{46,47}.

É possível, ainda, que a reparação civil tenha por causa não a concepção indesejada por prévia falha de método ou procedimento contraceptivo, mas também por impedimento posterior de interrupção da gestação, situação que remete a hipóteses que autorizam a IVG.

Inicialmente, por leitura pragmática dos arts. 124 a 126 do C.P.B., pretender indenização por dano moral fundada na frustração da interrupção de uma gestação só seria possível em dois casos: para salvaguardar a vida da gestante (aborto necessário ou terapêutico) ou gestação proveniente de estupro (aborto humanitário ou sentimental), previstos nos incisos I e II do art. 128 do CPB.

Com o julgamento da ADPF 54⁴⁸, tendo o STF declarado a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124 a 126 do CPB, abriu-se uma nova possibilidade de realização da IVG no Brasil.

Do referido julgamento firmou-se a tese de que havendo gestação de feto que apresente outro tipo de má-formação grave que inviabilize a vida extrauterina, independente do risco à vida da gestante, será possível a interrupção da gravidez em homenagem à hermenêutica jurídica, segundo a qual, ubi eadem ratio ibi idem jus⁴⁹.

Em verdade, após o julgamento da ADPF 54, com novas possibilidades de interrupção da gestação, novas modalidades de dano moral surgiram e consigo as espécies de wrongful actions ganharam novos contornos na ciência jurídica brasileira, o que suscita distinção entre as espécies conglobadas na matéria.

As espécies (wrongful conception, wrongful pregnancy e wrongful birth) diferem entre si, notadamente, pelo estágio em que se verifica a extensão do dano causado, cujos titulares lesados são os progenitores, especialmente a mãe ou os próprios filhos, nas hipóteses de wrongful life.⁵⁰ Tendo em vista a titularidade dos direitos da personalidade (e até patrimoniais nos casos de perda de chance por culpa médica ou falha em método contraceptivo), “as wrongful birth actions são propostas pelos progenitores contra os profissionais médicos em virtude do nascimento de uma criança não desejada, exigindo uma indenização pelos danos resultantes da gravidez e da

46 “Vale ressaltar que os pais de Nicolas Perruche expressaram claramente as suas vontades no sentido de interromper imediatamente a gravidez caso houvesse risco de que o filho nascesse afetado pela doença.” (COSTA, Laís Marrão da, Limites existenciais do direito: reflexões sobre a lei anti-perruche e o direito de não nascer. Monografias, PUC-RIO: 2012, p. 10). Disponível em <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br>> Acesso em 10 jan. 2019.

47 As discussões erigidas a partir deste caso deram ensejo à edição da Lei francesa 2002-303, que “proibiu expressamente a indenização por simples nascimento indesejado, limitando o remédio ressarcitório àquelas hipóteses em que o erro médico tenha provocado diretamente o handicap, o tenha agravado, ou tenha, de alguma forma, impedido que fossem adotadas as providências necessárias a atenuá-lo”. (SCHREIBER, 2012, p. 96.).

48 STF. T. Pleno ADPF n.º 54/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Voto Min. Rosa Weber. Jul. 12/04/2012. DJe. De 29/04/2013. Public. 30/04/2013.

49 Onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito.

50 VICENTE, Marta de Souza Nunes. Algumas reflexões sobre as ações de wrongful life: a jurisprudência Perruche. *Lex Medicinae*. Ano 6, n. 11. p. 117 a 141. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 119. PINTO, Paulo Mota. Indemnização em caso de nascimento indevido e de vida indevida (wrongful birth e wrongful life). *Lex Medicinae*. Ano 4, n.º 7, p. 5-25 Coimbra: Coimbra, 2007, p. 8 .

educação da criança.”⁵¹

Importante destacar que um nascimento indesejado⁵² não necessita advir de uma gestação igualmente indesejada. Isso até pode ocorrer, mas, em regra, “a wrongful birth ocorre quando, após a concepção, o médico subtrai ou negligencia aos genitores do nascituro alguma informação relevante que, caso por eles conhecida, faria com que interrompessem a gravidez.”^{53,54}

As wrongful actions podem ocorrer de uma gestação desejada, pois não fosse o infortúnio da malformação fetal a gestação seria levada a termo. “A propósito, pode-se estar diante de uma incidental wrongful conception, uma verdadeira gestação indesejada superveniente ou incidental, pois, no curso da evolução puérpera, tornou-se inviável, indesejada.”

Dito de outro modo, o status quo (saúde e normalidade gestacional esperadas) altera-se com o advento de um diagnóstico médico para inviabilidade de vida extrauterina, fazendo a gestação evoluir para um quadro de nascimento indevido (wrongful birth), como consequência da intervenção de pessoa que tenha obstado a vontade familiar pela interrupção da gestação.

Nessa hipótese, não haveria responsabilidade civil médica, posto que a conduta médica garante a identificação tempestiva de anomalia severa e acolhimento humanizado a essa gestante, orientando-a para a possibilidade lícita do procedimento de IVG. Salta aos olhos uma inovação de wrongful birth, aqui, não fundada na culpa médica ou falha de método contraceptivo, consoante à jurisprudência e doutrina, mas sim na conduta de um terceiro, objetivamente verificada.

Consigna-se, mais: assim como uma ação de wrongful birth pode ter a origem de sua pretensão numa gravidez desejada, cujo nascimento foi indevido por intervenção de qualquer pessoa, tem-se que uma gestação poderá ser indesejada ab initio, como podem ser os casos de gravidezes provenientes de estupro, que ocorrem não por culpa médica ou falha de método ou procedimento para evitá-la.

É de se afirmar, ao menos em sede reflexiva, que relegar o devido enquadramento jurídico a determinados casos é um risco que se corre quando a compreensão de um fenômeno complexo, como se revelam as wrongful actions, passa exclusivamente

51 SIMÕES, Fernando Dias. Vida indevida? As ações por wrongful life e a dignidade da vida humana. *Tékhne Barcelos*. N. 13, p. 187 a 203. Junho de 2010, p. 192. Disponível em <<http://www.scielo.mec.pt>>. Acesso em 27 dez. 2018, p. 192.

52 De igual se posiciona a doutrina portuguesa: “Já os casos ditos de nascimento indevido (wrongful birth), releva o facto de o evento lesivo ter conduzido a um nascimento indesejado. Assim, ou há um nascimento resultado de uma situação de wrongful conception, ou, sendo a concepção desejada, verificou-se um nascimento, na sequência de um erro médico (também em sentido lato), que retirou da mãe a oportunidade de tomar uma decisão informada e tempestiva sobre a continuação ou interrupção da gravidez, afirmando os demandantes que, se não fosse o evento lesivo, a criança nunca teria nascido.” (PINTO, Paulo Mota. op. cit. 2018, p. 736).

53 CONPEDI. op. cit. 2016, p. 307.

54 Noutro giro, as hipóteses de wrongful conception ou wrongful pregnancy, cujos titulares legítimos também são os progenitores, desenvolvem-se quando se verifica: “Uma gravidez indesejada em resultado de um erro médico (lato sensu), ou é concebido um feto com uma deficiência genética depois de os pais não terem sido informados – ou de terem sido incorretamente informados – sobre os riscos genéticos. Os demandantes invocam que a criança nunca teria sequer sido concebida sem o evento lesivo, isto é, sem o erro médico – num sentido amplo, isto é, envolvendo também, por exemplo, o emprego errado ou o mal funcionamento de meios de diagnóstico, a errada prescrição de um medicamento ou a indevida dispensa por um farmacêutico.” PINTO, Paulo Mota. op. cit. 2018, p. 736.

pelo viés pragmático, limitando-as à responsabilidade civil subjetiva, quando da culpa médica, ou objetiva, somente quando da relação de consumo marcada por falha no método contraceptivo.

Defende-se, assim, uma compreensão holística e sistemática dos fundamentos das wrongful actions, no sentido de se desenvolver teorias capazes de se mimetizarem com os casos concretos que se apresentem quando há uma órbita, essa inafastável, junto a titulares dos direitos da personalidade, à vida digna⁵⁵.

À guisa da doutrina lusófona, refere-se a wrongful birth ou wrongful conception como dano injusto, e não como outrora “considerado como um evento abençoado, colocando-se fora da moldura do conceito de dano indenizável.”⁵⁶.

Tratar-se-ia, então, sob a ótica do evento abençoado, de se reconhecer somente os danos patrimoniais⁵⁷, como forma de manter o custeio de parte da vida daquele evento, excluindo-se dessas ações qualquer dano à personalidade. Essa tese tem-se por superada⁵⁸.

Não se pode olvidar que a legislação brasileira⁵⁹ e a jurisprudência⁶⁰, concretamente, autorizam a interrupção voluntária da gestação como em casos de grave doença do feto que inviabilize a vida extrauterina, sem que haja autorização judicial para tal, de modo que, nessa hipótese, o diagnóstico médico preciso e tempestivo é requisito fundamental ao exercício da decisão informada pela gestante e/ou sua família.

IV Delineamento contextualizado do conceito de dano moral

A mais técnica acepção do dano moral reconhece-o como sendo lesão a direito da personalidade ou, então, lesão à dignidade humana. Verificar sentimentos como dor, tristeza, vexame ou humilhação é despiciendo para a deflagração do dano em si, podendo tais impressões serem relevantes no momento da quantificação do dano a

55 “A jurisprudência brasileira mostra-se fértil em julgados que abordam a temática de filhos indesejados, na maioria dos casos resultantes de métodos contraceptivos equivocadamente realizados, como a vasectomia e a laqueadura tubária. Portanto, apesar de não apresentar manifestações jurisprudenciais tão ricas como as encontradas no direito estrangeiro, o ordenamento nacional já reclama sistematização, pois a doutrina pátria não se aprofunda sobre o tema.” (PETEFFI, Rafael; RAMMÊ, Adriana Santos, op. citi. 2013, p. 123).

56 PETEFFI, Rafael; RAMMÊ, Adriana Santos, op. citi... 2013, p. 126.

57 TJRJ. Apelação Cível. Nº. 0388082-48.2008.8.19.0001. Des. Rel. Fernando Fernandy Fernandes. Jul. 16/11/2009.

58 À margem disso, teorias civilistas contemporâneas convergem para diferir tais acepções, sob a seguinte ótica: “Tradicionalmente, demandas pelo nascimento indesejado surgem nos casos em que os pais alegam que o médico não alertou devidamente sobre o risco de engravidar ou dar à luz uma criança com anormalidades genéticas ou congênitas graves impedindo que eles pudessem adotar uma decisão informada sobre levar ou não a gravidez adiante. Certamente, a legislação brasileira não permite tal escolha”. ROSENVALD, Nelson. op. cit. 2018, p. 74.

59 Vide ADPF 54; Art. 128, I e II do CPB.

60 “A ADPF nº 54, ajuizada no ano de 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS e julgada em 12/04/2012, tinha como pedido a declaração da Inconstitucionalidade da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848/40 - como impeditiva da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de assim agir sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado. TJRJ. Apelação Cível nº. 0399948-43.2014.8.19.0001. 5ª T. Rel. Des. Claudia Telles.. Julgamento: 14 de março de 2017. Pub. DJe. 16/03/2017.

ser reparado.

Afastando-se da corrente subjetiva do conceito de dano moral (que atribui sua ocorrência aos efeitos da lesão, por verificação dos sentimentos experimentados pela vítima), pretende-se fundamentar a verificação de dano moral na corrente objetiva⁶¹, que tem seus olhos fitos puramente na lesão, seja por lesão a direito da personalidade seja por afronta à dignidade da pessoa humana⁶².

A cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana⁶³ – em seus quatro substratos, notadamente, liberdade, igualdade, integridade psicofísica e solidariedade social – foi alçada a fundamento da República⁶⁴. Podem-se associar as wrongful actions, principalmente a ação pautada na concepção indesejada por falha no procedimento contraceptivo, ao substrato específico da liberdade, na medida em que os pais ficam impossibilitados de exercerem livremente a constituição e o planejamento familiar quando frustrados em sua vontade deliberada de evitarem o início de uma gestação.

No que tange às wrongful actions e suas espécies no Brasil, após grande repercussão do caso das “pílulas de farinha”⁶⁵, aflorou uma onda de ações pretendendo reparações por danos decorrentes de gestações indesejadas e nascimentos indevidos, sobre as quais o STJ mantém firme entendimento pela devida compensação do dano moral cumulada com dano de ordem material via pensionamento⁶⁶.

No espectro da responsabilidade objetiva, diferem os casos envolvendo

61 Para compreensão da distinção conceitual entre as correntes objetiva e subjetiva para apuração de dano moral: MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. O conceito de dano moral nas relações de trabalho. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em <<http://civilistica.com/o-conceito-de-dano-moral-nas-relacoes-de-trabalho/>>. Acesso em 09 abr. 2020.

62 Nesse sentido, “é majoritária no País a corrente que relaciona os danos morais às lesões aos direitos da personalidade, o que é associado à Escola do Direito Natural.” (TARTUCE, Flávio. *op. cit.*, 2017, p. 292).

63 “Enquanto cláusula geral, a dignidade da pessoa humana pode encontrar dificuldades quanto à determinação de seu conteúdo: Isto significa que o valor da dignidade alcança todos os setores da ordem jurídica. Eis a principal dificuldade que se enfrenta ao se buscar delinear, do ponto de vista hermenêutico, os contornos e os limites dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana. Uma vez que a noção é ampliada pelas infinitas conotações que enseja, corre-se o risco da generalização absoluta, indicando-a como ratio jurídica de todo e qualquer direito fundamental. Levada ao extremo, tal postura hermenêutica acaba por atribuir ao princípio um grau de abstração tão completo que torna impossível qualquer aplicação.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009., p. 84)

64 “Artigo 1º da Constituição Federal, inciso III: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana”. Distingue-se a solidariedade constitucional de outros modelos, por “Tais formas de solidariedade, embora presentes em muitas normas ordinárias, não dizem respeito à solidariedade constitucional, pela qual a participação das pessoas na gestão das formações sociais não deve se direcionar à eficiência destas últimas, mas ao pleno desenvolvimento da pessoa. O tema da solidariedade constitucional, portanto, deve ser entendido em relação aos conteúdos da igualdade e da igual dignidade social” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 462)

65 Civil e processo civil. Ação de indenização por danos materiais e morais. Anticoncepcional microvlar. Placebos utilizados por consumidoras. Análise do material probatório que aponta para a responsabilidade civil do fabricante. Correta valoração da prova. Inversão do ônus da prova. Desnecessidade. STJ. REsp 1120746/SC. 5ª T. Rel. Min. STJ. Nancy Andrighi. DJe. 24/02/2011. Igual teor: STJ. 5ª T. REsp. n.º 1.096.325/ SP. Rel. Min. Nancy Andrighi. Data de julgamento 09/12/2008.

66 Com efeito, o cunho interdisciplinar contido na análise dessas espécies desafia inclusive pensadores afastados do mundo jurídico. A doutrina brasileira tem se mostrado mais tímida, mormente por acreditar que o assunto somente adquire relevância em países que apresentam a ampla possibilidade de abortos voluntários. (PETEFFI, Rafael; RAMMÊ, Adriana Santos, 2013, p. 135).

inviabilidade de vida extrauterina cuja interrupção da gestação fora indevidamente frustrada, das denominadas “ações das pílulas de farinha”. Por exemplo, muito embora remetam à condição de wrongful conception ab initio culminada com wrongful birth, na primeira situação haveria uma frustração à interrupção da gestação apta à pretensão de uma compensação pecuniária pelo dano moral, sem que, para isso, haja necessidade de comprovação da culpa ou do dolo do agente. Isso porque, com o falecimento do feto ao nascer, em tese, nada haveria de se pleitear como dano material; por outro lado, na segunda hipótese, poderia haver reparação de despesas – patrimonialmente aferíveis – quanto ao custeio do desenvolvimento e crescimento da criança nascida⁶⁷.

A respeito dos “conceitos abertos que compõem o art. 187 do CC/2002, pontue-se que prevalece o entendimento segundo o qual a responsabilidade decorrente do abuso de direito é objetiva, independentemente de prova de culpa”^{68,69}.

Nota-se que o Código Civil quando chamado à tutela nos casos de gestação indevida ou nascimento indevido de forma multivariada, tem dado sustentação a essas pretensões, seja pelo art. 186 (pílulas de farinha, por exemplo) seja pelo art. 187⁷⁰.

Há de se balizar as palavras no sentido de qualificar a vontade da gestante, conforme sua autodeterminação, garantida pela liberdade ao exercício dessa vontade lícita e a realização da personalidade feminina, desde então, titularizada às mulheres em qualquer condição adstrita a sua capacidade, pelo mesmo fundamento: a dignidade da pessoa humana^{71,72}.

Depreende-se, pois, que a dignidade da pessoa humana guarda em si, como fundamento do Estado Democrático de Direito, inafastável inter-relação axiomática

67 Faz-se um parêntese para se questionar, e até mesmo provocar tema para futuros trabalhos nessa área, qual seria o número de gestantes/famílias que recorrem às wrongful conceptions actions e consideram, após evolução da gestação e do vínculo parental, o nascimento daquele produto de uma indesejada concepção, igualmente indesejado?

68 (TARTUCE, Flávio. op. cit., 2018, p. 68).

69 [...]4. Contudo, está presente uma dupla impossibilidade probatória: à autora também era impossível demonstrar que comprara especificamente uma cartela defeituosa, e não por negligência como alega a recorrente, mas apenas por ser dela inexigível outra conduta dentro dos padrões médios de cultura do país. [...] O acórdão partiu das provas existentes para concluir em um certo sentido, privilegiando, com isso, o princípio da proteção ao consumidor. [...] STJ. 5ª T. REsp. 1120746 /SC. Rel. Min. STJ. Nancy Andriighi. DJe. 24/02/2011.

70 REsp. STJ 1.467.888/GO.

71 “A ordem jurídica não é contra ou a favor da vontade. É simplesmente a favor da realização da pessoa, o que pode ou não corresponder ao atendimento da sua vontade em cada caso concreto. Se a dignidade humana consiste, como se viu, no próprio “fundamento da liberdade”, o exercício dessa liberdade por cada indivíduo só deve ser protegido na medida em que corresponda a tal fundamento. Em outras palavras: a autolimitação ao exercício dos direitos da personalidade deve ser admitida pela ordem jurídica quando atenda genuinamente ao propósito de realização da personalidade do seu titular. Deve, ao contrário, ser repelida sempre que guiada por interesses que não estão própria ou imediatamente voltados à realização da dignidade daquela pessoa.” (SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 27).

72 A melhor corrente categórica é aquela que conceitua os danos morais como lesão a direitos da personalidade, sendo essa a visão que prevalece na doutrina brasileira. Alerta-se que para a sua reparação não se requer a determinação de um preço para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, o que traz o conceito de lenitivo, derivativo ou sucedâneo. Por isso é que se utiliza a expressão reparação e não ressarcimento para os danos morais. TARTUCE, Flávio. op. cit., 2017, p. 353.

e deontica com os direitos da personalidade⁷³, considerados a partir do plano internacional dos direitos humanos, na Constituição de 1988, como direitos e garantias fundamentais (Art. 1º, III, c/c, Art. 5º) e, desde logo, na Lei Civil de 2002 (Art. 11 ao 21), como direitos da personalidade reflexos dos direitos humanos. A personalidade humana deve ser considerada, igualmente, a partir do extrato de casos complexos (hard cases), citando-se as wrongful actions como bons exemplos, em sua natureza holística, ilimitada, até mesmo em sua porção metafísica.⁷⁴

V O abuso do direito, a responsabilização civil objetiva e o dano nas wrongful actions em espécie

Decerto o texto normativo, notadamente o parágrafo único do Art. 927/CCB/2002, que positiva a responsabilidade⁷⁵ civil objetiva, é base para qualquer avanço na matéria, a seguir conjugado ao disposto no art. 187 do mesmo Código, à luz do art. 5º, X da C.R.F.B de 1988.

Apesar da aplicação dos institutos da responsabilidade civil, a matéria central, in momentum, é: a responsabilização civil objetiva daquele que, por ato ilícito (art. 187/CCB/2002), manejado indevidamente o HC, causa dano a outrem, caracterizado como wrongful birth, ante a frustração indevida de interrupção de uma gestação (com reclassificação teórica para uma incidental wrongful pregnancy).

Importante consignar que por responsabilidade civil a doutrina leciona estar-se diante de termo “técnico específico referente à situação jurídica de quem descumpriu determinado dever jurídico, causando dano material ou moral a ser reparado.”⁷⁶

A partir dessa acepção clássica, há na doutrina a corrente que considera não ser possível reduzir a função da “responsabilidade civil somente à finalidade reparatória, sobretudo através de diversos critérios de imputação de danos. A responsabilidade civil desenvolve uma função de instrumento de controle social e difuso no confronto de atividades potencialmente lesivas.”⁷⁷

Entende-se que o dano causado a outrem e a responsabilização daí decorrente só é possível, verdadeiramente, por meio da determinação do sujeito a quem se imputa um ilícito civil, (ou não) no transcurso de um processo mais humanizado, deslocado mais para a acepção ligada ao dever de cuidado e da boa-fé, superando-se

73 “Na verdade, tem já se defendido que tal cláusula [cláusula de proteção geral da personalidade] poderá considerar-se implícita no direito brasileiro, que no reconhecimento de direitos de personalidade (no art. 11º. do Código Civil), quer – e sobretudo –, pela correspondência com o artigo 5º da Constituição e pela consideração da sua fundamentação no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º., inciso III). Este foi elevado a valor fundamental atributivo de sentido e unidade às disposições relativas aos direitos fundamentais, elemento de unidade valorativa do sistema constitucional. (MOTA PINTO, Paulo. op. cit., 2018, p. 335).

74 MOTA PINTO, Paulo. op. cit., 2018.

75 “O vocábulo responsabilidade provém do verbo latino respondere, de spondeo, que significa garantir, responder por alguém, prometer. [...] De fato, não se confundem as noções de obrigação e responsabilidade, malgrado ambas se vinculem. O estudo remonta ao Direito Romano, embora amplamente desenvolvido pelo jurista alemão Brinz, que distinguiu o débito (Schuld) da responsabilidade (Haftung). Ao titular do débito impõe-se a prestação e, na falta desta, tem-se a responsabilidade, que autoriza o credor a exigir o adimplemento e acréscimos decorrentes de perdas e danos. Para determinados autores, nem sempre a obrigação gera a responsabilidade.” (NADER, Paulo. Curso de direito civil: responsabilidade civil. Vol. 7. 6 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 33-35).

76 NADER, Paulo. op. cit., 2018, p. 335.

77 FARIAS, Cristiano Chaves de. et. al. op. cit., 2017, p. 71.

a consideração clássica da simples obrigação de reparar / cumprimento de sanção,⁷⁸ e facilitando a fruição de direitos entre as partes, de modo distributivo, baseado em critérios de isonomia material, justiça e equidade, considerando-se, ab initio que “o exercício de um direito deve ter por limite a satisfação de um interesse legítimo.”^{79,80}

A multifacetada e intrincada demanda em abstrato das wrongful actions exige uma caracterização menos fluida acerca dos fundamentos jurídicos inerentes a responsabilidade civil, à luz da Constituição Federal de 1988, que consagra a tutela magna dos direitos da personalidade, alicerçados na dignidade da pessoa humana, assegurando indenização em caso de fato que atente contra aquele bem jurídico imaterial nato da pessoa humana^{81,82}.

De toda sorte, malgrado qualquer outro direito, há posições doutrinárias que demandam a proteção da vida do nascituro tal qual a da pessoa humana, pelo que e desde logo se conclui que aos pais nenhum direito indenizatório estaria titularizado, pois a interrupção voluntária da gestação (IVG) não seria um direito⁸³.

Com efeito, a via pela qual se denota concentração judicante capaz de obstar uma IVG, como narrado, é o habeas corpus que, enquanto direito objetivo, visa à proteção das liberdades individuais. Todavia, quando o impetrante transforma esse remédio constitucional em um direito subjetivado, aplicado ao caso concreto, e impede uma IVG, resultando em um nascimento indevido, reside aí o rompimento do limite axiológico exegético do HC, caracterizando, assim, a exorbitância de sua utilização, cuja solução é tratada no Código Civil de 2002 como abuso de direito (art.

78 “Deslocando-se o objeto da responsabilidade alguém como sujeito capaz de se designar por seus próprios atos (portanto agente moral apto a aceitar regras), como substituir a ideia de reparação pela de precaução, na qual o sujeito será responsabilizado pelo apelo à virtude da prudência. Ao invés da culpa e da coerção, a responsabilidade encontra novo fundamento moral na circunspeção e, por que não, no cuidado, reformulando, portanto, a sua velha acepção, levando-a para longe do singelo conceito inicial de obrigação de reparar ou de sofrer a pena. A responsabilidade mantém a sua vocação retrospectiva- em razão da qual somos responsáveis pelo que fizemos, acrescida de uma orientação prospectiva, imputando-nos a escolha moral pela virtude, sob pena de nos responsabilizarmos para o futuro.” (FARIAS, Cristiano Chaves de. et. al. op. cit., 2017, p. 35).

79 BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. op. cit. 2017. p. 185.

80 Aduz-se, em linhas gerais, dos danos de ordem extrapatrimonial por ato ilícito previsto no art. 187/CCB/2002, tomando-se de empréstimo o bem formulado e coeso predito do verbo doutrinário: “O objetivo da construção jurisprudencial do princípio da boa-fé é justamente dotá-lo de sentido técnico, torná-lo menos fluido, para que não sobeje apenas como referência ética e metajurídica sem qualquer concretização no plano operacional. Essa edificação do princípio por intermédio de uma constante atuação dos tribunais não · poderá ser elaborada no que tange aos conceitos de bons costumes e de função social ou econômica dos direitos, em face das razões já apontadas. Por certo, o espectro e incidência da ilicitude é mais amplo e aberto, não se satisfazendo com soluções apriorísticas, que implicariam em menoscabo de sua própria conceituação.” (FARIAS, Cristiano Chaves de. et. al. op. cit., 2017, p. 217).

81 BRASIL. C.R.F.B./1988. “Art. 5º, inc. X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

82 “A Constituição, pelo art. 5º, inciso X, foi categórica ao reconhecer o direito à indenização por danos morais. Na esteira da Lei Maior, o Código Civil de 2002, ao definir ato ilícito (art. 186), previu o direito à indenização em todos os casos de dano a outrem, “ainda que exclusivamente moral”. Superado o questionamento da admissibilidade, as dúvidas dizem respeito à verificação, caso a caso, do dano moral, bem como à definição do quantum indenizatório.” (NADER, Paulo. op. cit., 2018, p. 124).

83 “Mas também os pais não titulam nenhum direito invocável quando, não tendo sido alertados, por negligência do médico, para a malformação do embrião, não abortaram a criança ainda não nascida. O aborto não pode ser configurado como um direito. A despenalização do comportamento (ou sua descriminalização) não resulta da falta de dignidade penal do bem jurídico.” (BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. op. cit. 2017. p. 185.)

187).

Mormente ao âmbito nacional, caso os sentimentos não sejam suficientes à caracterização de dano moral, são, minimamente, elementos que fundam a consequência do dano moral em si, cujo entendimento da melhor doutrina⁸⁴ alinha-se ao enunciado 445⁸⁵ da V Jornada de Direito Civil de 2011⁸⁶.

Sob essa ótica, após a decisão de interromper a gestação, não haveria sequer colisão entre princípios de ordem constitucional, haja vista estar-se diante da vida da mãe e da não vida daquele concebido, que, por questões genéticas, é acometido de gravíssima má-formação congênita, cuja vida extrauterina seguramente seria inviável.

É cediço que o parâmetro para o enquadramento de responsabilidade como objetiva conduz à verificação de lei que preveja as possibilidades de responsabilização objetiva ou ao enquadramento da atividade danosa pela teoria do risco. A este teor, ganha relevo a cláusula geral de responsabilidade civil objetiva do parágrafo único do art. 927/C.C.B/2002.

Mesmo assim, a referida norma não se reveste como exclusivo parâmetro normativo para a responsabilização civil objetiva por abuso de direito nas espécies de wrongful actions, tais como wrongful conception e wrongful birth. Isso porque entende-se ser também pertinente ao problema, in line, o enquadramento do abuso do direito, previsto no art. 187/C.C.B/2002 e para cuja aplicação requer-se o desvio de finalidade social de um direito subjetivo.⁸⁷

A responsabilização objetiva, nas hipóteses delineadas, atende a dicção do parágrafo único do art. 927/CC/2002 e ao enunciado 37⁸⁸ da I Jornada de Direito Civil do CJF. A par disso, o abuso de direito é um ato lícito pelo conteúdo, ilícito pelas consequências; ato ilícito tido como puro [art. 186/CC/2002] reside no fato de que é ilícito no todo, tanto no conteúdo quanto nas consequências.⁸⁹

Adita-se à doutrina o enunciado 539, aprovado na VI Jornada de Direito Civil de 2013 do CJF, in verbis: “o abuso de direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil. Por isso, o exercício abusivo de posições jurídicas desafia controle.” Depreende-se da teoria objetiva que o abuso do direito materializa-se quando o exercício regular de direito, objetivamente analisado, “se

84 “Partindo para uma primeira classificação da categoria, quanto ao seu conteúdo, em sentido próprio, o dano moral causa na pessoa dor, tristeza, amargura, sofrimento, angústia e depressão. Nesse diapasão, constitui aquilo que a pessoa humana sente, o que se pode denominar dano moral in natura.” (TARTUCE, Flávio. op. cit., 2018, p. 375).

85 BRASIL. CJF. Enunciado 445 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento.

86 O equívoco na aproximação entre o dano moral e a dor ou outras sensações desagradáveis pode ser explicado [como] uma confusão entre o sintoma e a causa. Vale dizer, decepção, desgosto, desprazer, dissabor... Cada um destes sentimentos não passa de uma eventual consequência do dano moral (FARIAS, Cristiano Chaves de. et. al. op. cit., 2017, p. 267).

87 “Como se pode ver, a teoria do abuso do direito ganhou autonomia e se aplica a todos os ramos do direito. [...] E, ainda, que o critério usualmente adotado é o de que a ilicitude por abuso abusivo se caracteriza sempre que o titular do direito se desvia da finalidade para a qual o direito subjetivo foi concedido.” (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, vol. 4: Responsabilidade Civil. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 69).

88 BRASIL. CFJ. Enunciado 37 CJF: “A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.”

89 TARTUCE, Flávio. op. cit., 2017, p. 505.

divorcia da função social para o qual foi criado, desatendendo o conteúdo finalístico do ordenamento jurídico centrado na Constituição da República, assim como nos ditames da boa-fé objetiva.”⁹⁰

Há de se asseverar, corroborando a imputação objetiva que afasta do âmbito da imputação do dano a culpa, a necessidade de se afastar, também, a consciência do excesso, ou seja: não se julga o fato de algum interveniente (terceiro) ter convicção de que está a exercer licitamente um direito subjetivo, julga-se o efeito danoso desse exercício, independentemente de sua consciência, cujos limites são “impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico do direito; basta que se excedam esses limites.”⁹¹

VI Conclusão

É a inteligência do artigo 187 e parágrafo único do artigo 927/CCB/2002 do Código Civil brasileiro, à luz do artigo 5º, X da C.R.F.B de 1988, a via pela qual a responsabilidade civil ampara a frustração do direito de escolha, calcado nas liberdades individuais e de autodeterminação, daquele grupo de mulheres ou famílias cuja grave condição da gestação ou do feto autoriza a interrupção voluntária da gestação, isto é, o direito à vida do nascituro, nas condições previstas em lei, é relativizado para salvaguardar um amplo rol de direitos da personalidade da gestante ou do próprio nascituro.

A agrura central discutida foi a interferência temerária e indevida de um terceiro que, ao exercer um direito objetivo (Habeas Corpus), tolheu da gestante e de sua família a oportunidade de dar cabo a um sofrimento exacerbado, fato que caracterizou o dano moral suportado pelo recorrido.

Nessa senda, o Recurso Especial nº 1.467.88 reveste-se da qualidade de marco jurisprudencial ao prever que um nascimento indevido ou indesejado, resultado de uma gestação indesejada superveniente ou incidental, assim ocorrida no curso da evolução puerperal, tornando-se inviável, indesejada, pode ser considerado dano moral.

Nem a gestação nem tampouco o feto podem ser considerados danos. O dano em si foi causado pela interferência de terceiro na liberdade de escolha da gestante ou da família amparadas por hipótese de IVG autorizada pelo ordenamento. Por isso, uma gestação eventualmente indesejada é capaz de gerar dano extrapatrimonial no ordenamento jurídico brasileiro, malgrado a tutela à vida do nascituro, cuja responsabilidade civil recai, in line, sobre aquele que exerce direito de ação e obstaculiza a consecução do desejo familiar.

Prevalecem princípios fundamentais titularizados pela gestante [e seu cônjuge ou companheiro(a)], sua dignidade, seus direitos reprodutivos e sexuais, dando-se por desarrazoada e desproporcional a ação contrária as suas lícitas decisões, sendo

90 MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Abuso do direito. Justiça e Cidadania. Ed. 127, fev. 2011, s.p. Disponível em <<https://www.editorajc.com.br/abuso-do-direito/>>. Acesso em 23 jan. 2019.

91 CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 6ª ed. rev. aum. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 170.

cabíveis, em concreto, pretensões indenizatórias contra aquele que lança mão de um direito objetivo para frustrar ou tentar frustrar uma IVG legalmente autorizada.

A responsabilização objetiva para reparação de dano moral, a priori, dá-se por ofensa à proteção do núcleo axiológico constitucional (dignidade da pessoa humana), materializado na liberdade individual.

Isto posto, o HC visa à proteção das liberdades individuais. Todavia, quando o terceiro reveste esse remédio constitucional da subjetividade do caso concreto e impede uma IVG, resultando em um nascimento indevido, reside aí o rompimento do limite axiológico exegético do HC, caracterizando sua exorbitância, cuja solução é tratada no Código Civil de 2002 como abuso de direito (art. 187) e causa dano moral indenizável àquela gestante ou família que tenham suas escolhas devidamente amparadas pelo ordenamento jurídico frustradas.

VII Referências

ALEXY, ROBERT. Conceito e validade do direito. OLIVEIRA G. B. de M. (Trad.). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. Lições de responsabilidade civil. Príncipe: Caiscais, 2017.

BITTAR; Eduardo C. B; ALMEIDA; Guilher Assis de. Curso de Filosofia do Direito. 12 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988.

_____. Código Civil. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002.

_____. Código Penal. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

_____. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

_____. Ministério da Saúde. Saúde de A a Z: rubéola. Informativo. 02 de Maio de 2017. Disponível em <<http://portalms.saude.gov.br/saude-de-a-z/rubeola>> Acesso em 10 jan 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 6 ed. rev. aum. São Paulo: Malheiros, 2005.

CONPEDI. Cidadania e desenvolvimento sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito. Coord. BEZERRA, Eudes Vitor; TEIXEIRA, João Paulo Allain; FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Florianópolis, 2016.

_____. Cidadania e desenvolvimento sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito. Coord. BEZERRA, Eudes Vitor; TEIXEIRA, João Paulo Allain; FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Eduardo NARDELLI, Felipe;

COSTA, Laís Marrão da. Limites existenciais do direito: reflexões sobre a lei anti-perruche e o direito de não nascer. Monografias, PUC-RIO: 2012. Disponível em <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/20271/20271.PDF>> Acesso em 10 jan 2019

CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. Nota sobre minha condenação por danos morais no

STJ. Anápolis, 25 de outubro de 2016. Disponível em <<https://naomatar.blogspot.com/2016/10/nota-sobre-minha-condenacao-por-danos.html>> Acesso em 24 abr. 2019

DINIZ, Débora; NAVARRO, Ramon. Habeas Corpus. Filme documentário. Brasília, 2005. Disponível em <<https://vimeo.com/6123069>> Acesso em 27 dez. 2018

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. v. 1. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

DUARTE, Sara Cristina Gomes. Wrongful Birth, Wrongful Life e Wrongful Conception: a Admissibilidade das Wrongful Actions à luz da Dogmática Comum da Responsabilidade Civil. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Escola do Porto. Portugal, 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 31 mar. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, BRAGA NETTO, Peixoto. Curso de direito civil: responsabilidade civil. 4. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direito civil: teoria geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FERREIRA, Fernando Guimarães. A dialética hegeliana: uma tentativa de compreensão. Rev. Estudos Legislativos. Ano 7, n. 7, p. 167 a 184. Porto Alegre: 2013. Disponível em <http://submissoes.al.rs.gov.br/index.php/estudos_legislativos/article/download/112/pdf> Acesso em 08 jan 2018.

FRANÇA, 2000). Arrêt Perruche. Cour de Cassation. Novembro de 2000. Disponível em <www.courdecassation.fr> Acesso em 28 dez 2018.

GONDIM, Glenda Gonçalves; KENICKE, Pedro Henrique Galloti. BERTASSONI, Thaís Braga. A causa, os planos do negócio jurídico e a função social: análise a partir da teoria do terceiro cúmplice. In FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (org.) Pensamento crítico do direito civil brasileiro. Curitiba: Juruá, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Direito civil brasileiro, vol. 4: Responsabilidade Civil. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

HOLANDA, Caroline Sátiro de. A gravidez indevida e o conseqüente 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. Vol. 12/2017. Jul - Set / 2017. p. 253 - 296

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

PADUA, Marcus Alexandre de; TRIANI, Felipe da Silva; CAVALCANTI, Eliane Cristina Tenório; NOVIKOFF, Cristina. A dimensão ontológica: um caminho possível para a concretização da interdisciplinaridade. Educ. Pesqui., São Paulo, v. 44, 2018. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-

97022018000100426&Ing=en&nrm=iso>. Acesso em 08 Jan. 2019.

PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Trad. CICCO, Maria Cristina de. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PETEFFI DA SILVA, Rafael, RAMMÊ, Adrina Santos. Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional. Vol. 1, n. 01, p. 121 a 143. dez. 2013, Santa Catarina.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Abuso do direito. Justiça e Cidadania. Ed. 127, fev. 2011. Disponível em < <https://www.editorajc.com.br/abuso-do-direito/>>. Acesso em 23 jan 2019.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. O conceito de dano moral nas relações de trabalho. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-conceito-de-dano-moral-nas-relacoes-de-trabalho/>>. Acesso em 08 mai 2020.

MORAES Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MULHOLLAND, Caitlin. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. In MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 255-280.

NADER, Paulo. Curso de direito civil: responsabilidade civil. Vol. 7. 6 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NICHOLS, Thomas. A morte da competência. Quetzal: Lisboa, 2018.

PAMPLONA FILHO. Rodolfo; ARAÚJO. Ana Thereza Meirelles. Tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal. Revista de Direito Privado. vol. 30, p. 251 a 264. Abril/junho 2007.

PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade e direitos fundamentais: estudos. 1 ed. Coimbra: Gestlegal, 2018.

_____. Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”. Lex Medicinæ, ano 4, n.º 7, 2007. p. 5-25.

SÁ; Priscila Zeni De. Concepção indesejada (wrongful conception), nascimento indesejado (wrongful birth) e vida indesejada (wrongful life): possibilidade da reparação na perspectiva do direito civil-constitucional brasileiro. Florianópolis, 2016, p. 295-315.

SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS JÚNIOR E. Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do

direito de crédito. Coimbra: Almedina, 2003.

SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Gedson Alves da; RANGEL, Tauã Lima Verdan. Relativização do direito à personalidade do nascituro diagnosticado com síndrome da infecção congênita do ZIKV. *Derecho y Cambio Social*. Lima, Peru, 02/01/2018. Disponível em <https://www.derechoycambiosocial.com/revista051/RELATIVIZA%C3%87%C3%83O_DO_DIREITO.pdf> Acesso em 10 jan 2019

SILVA, Sara Elisabete Gonçalves da. Vida indevida (wrongful life) e direito à não existência. *Lusíada. Direito*. p. 123 a 155. Lisboa, 2015. Disponível em <<http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/2384/2522>> Acesso em 10 jan 2019.

SIMOES, Fernando Dias. Vida indevida? As acções por wrongful life e a dignidade da vida humana. *Tékhnē Barcelos*. N. 13, p. 187 a 203. Junho de 2010. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-99112010000100010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 27 dez. 2018.

STOLZE, Pablo Gagliano; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, vol., parte geral. 14 ed. rev., atual e ampl. São Paulo : Saraiva, 2012.

STRECK, LÊNIO LUIZ. Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito: 2017.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 7 ed. São Paulo: Método, 2017.

_____. Manual de responsabilidade civil: volume único. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Liberdade do intérprete na metodologia civil constitucional. In: SCHREIBER, Anderson, KONDER, Carlos Nelson (org.). *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016.

VICENTE, Marta de Souza Nunes. Algumas reflexões sobre as acções de wrongful life: a jurisprudência Perruche. *Lex Medicinæ*. Ano 6, n. 11. p. 117 a 141. Coimbra Editora: Coimbra, 2009.