

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

R434

Responsabilidade Civil, Gênero e Sexualidades / Ana Carla Harmatiuk Matos ... [et al.] ; organizado por Ana Carla Harmatiuk Matos, Leandro Reinaldo da Cunha, Vitor Almeida. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2024.
373 p. ; 17cm x 24cm.

Inclui bibliografia e índice.

ISBN: 978-65-6120-113-1

1. Direito. 2. Direito civil. 3. Responsabilidade Civil. 4. Gênero. 5. Sexualidades. I. Matos, Ana Carla Harmatiuk. II. Frazão, Ana. III. Santos, Andressa Regina Bissolotti dos. IV. Bortolatto, Ariani Folharini. V. Galvão, Camila Sampaio. VI. Watanabe, Carla. VII. Konder, Cíntia Muniz de Souza. VIII. Ghilardi, Dóris. IX. Lôbo, Fabíola Albuquerque. X. Barbosa, Fernanda Nunes. XI. Leme, Fernanda Paes. XII. Dirscherl, Fernanda Pantaleão. XIII. Lima, Francielle Elisabet Nogueira de. XIV. Silvestre, Gilberto Fachetti. XV. Pereira, Jacqueline Lopes. XVI. Faleiros Júnior, José Luiz de Moura. XVII. Cunha, Leandro Reinaldo da. XVIII. Oliveira, Lígia Ziggliotti de. XIX. Lindoso, Maria Cristine. XX. Santana, Natan Galves. XXI. Rosenvald, Nelson. XXII. Gueiros, Pedro. XXIII. Peruzzo, Renata. XXIV. Rodrigues, Sérgio. XXV. Amarilla, Silmara D. Araújo. XXVI. D'Albuquerque, Teila Rocha Lins. XXVII. Vieira, Tereza Inácio Freitas. XXVIII. Título. XXIX. Melo, Vanessa de Castro Dória. XXX. Almeida, Vitor. XXXI. Dias, Wagner

2024-1353

CDD 347 CDU 347

Elaborado por Wagner Rodolfo da Silva - CRB-8/9410

Índices para Catálogo Sistemático:

1. Direito civil 347
2. Direito civil 347

C O O R D E N A D O R E S

Leandro Reinaldo
da **CUNHA**

Ana Carla
HARMATIUK MATOS

Vitor
ALMEIDA

Ana Carla Harmatiuk Matos
Ana Frazão
Andressa Regina Bissolotti dos Santos
Ariani Folharini Bortolatto
Camila Sampaio Galvão
Carla Watanabe
Cíntia Muniz de Souza Konder
Dóris Ghilardi
Fabíola Albuquerque Lôbo
Fernanda Nunes Barbosa
Fernanda Paes Leme
Fernanda Pantaleão Dirscherl
Francielle Elisabet Nogueira de Lima
Gilberto Fachetti Silvestre
Jacqueline Lopes Pereira
José Luiz de Moura Faleiros Júnior
Leandro Reinaldo da Cunha
Lígia Ziggliotti de Oliveira

RESPONSABILIDADE CIVIL, GÊNERO E SEXUALIDADES

Maria Cristine Lindoso

Natan Galves Santana

Nelson Rosenvald

Pedro Gueiros

Renata Peruzzo

Sérgio Lorentino

Silmara D. Araújo Amarilla

Teila Rocha Lins D'Albuquerque

Tereza Rodrigues Vieira

Thiago G. Viana

Vanessa de Castro Dória Melo

Vitor Almeida

Wagner Inácio Freitas Dias

de se consolidar como material e substancial), bem como pelo desprezo das pautas das minorias identitárias, tratadas por muitos de forma jocosa e marginalizada.

Proporcionar a estudiosos e pesquisadores um manancial tão vasto de conhecimento e informações sobre o tema é essencial para a caminhada em busca de uma sociedade que se mostre progressivamente mais afeita a garantir a todas as pessoas o acesso aos direitos fundamentais resguardados de forma ampla e geral no projeto emancipatório e solidarista da Constituição da República de 1988.

Verão de 2024.

Leandro Reinaldo da Cunha
Ana Carla Harmatiuk Matos
Vitor Almeida

SUMÁRIO

PREFÁCIO	VII
Heloisa Helena Barboza.....	
APRESENTAÇÃO	IX
Leandro Reinaldo da Cunha, Ana Carla Harmatiuk Matos e Vitor Almeida	
FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL, NÃO DISCRIMINAÇÃO E COMUNIDADE LGBTIAPN+	
DIREITO DOS DANOS E INDENIZAÇÃO: A DIFERENÇA QUE PESA ONDE NÃO DEVERIA IMPORTAR NA QUANTIFICAÇÃO DOS LUCROS CESSANTES	3
Nelson Rosenvald e Wagner Inácio Freitas Dias	
RESPONSABILIDADE CIVIL E DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL: DESAFIOS À PROTEÇÃO DA PESSOA HOMOSSEXUAL EM FACE DA HOMOFOBIA	15
Vitor Almeida	
CASO OLIVERA FUENTES VS. PERU: ENTRECruzAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL, RELAÇÕES DE CONSUMO E DISCRIMINAÇÃO CONTRA PESSOAS LGBTQIA+	41
Thiago G. Viana.....	
A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS AGREMIações RELIGIOSAS PELA PRÁTICA DE CULTO DE TEOR DISCRIMINATÓRIO EM RAZÃO DAS QUESTÕES DE GÊNERO E DE ORIENTAÇÃO SEXUAL	61
Sérgio Lorentino	
O PAI DESPÓTICO: A RESPONSABILIDADE PATERNA PELOS DANOS CAUSADOS À PROLE DISSIDENTE DA HETERONORMATIVIDADE	75
Silmara D. Araújo Amarilla	
RESPONSABILIDADE CIVIL, TRANSGÊNEROS E INTERSEXO	
O APAGAMENTO, O LAWFARE E O CYBERBULLYING COMO ESTRATÉGIAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA PESSOAS TRANS	97
Carla Watanabe.....	

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA INSUFICIÊNCIA DE UNIDADES HOSPITALARES CREDENCIADAS PARA A REALIZAÇÃO DO PROCESSO TRANSEXUALIZADOR

Vanessa de Castro Dória Melo e Leandro Reinaldo da Cunha..... 115

RESPONSABILIDADE CIVIL ANTE A VIOLAÇÃO PÓSTUMA DA IDENTIDADE DE GÊNERO

Teila Rocha Lins D'Albuquerque e Leandro Reinaldo da Cunha 131

ENTRE RECONHECIMENTO E REDISTRIBUIÇÃO: A LUTA DAS PESSOAS TRANS PELO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE

Natan Galves Santana e Tereza Rodrigues Vieira 151

RESPONSABILIDADE CIVIL E VIOLÊNCIA DE GÊNERO

RESPONSABILIDADE CIVIL, GÊNERO E VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Ana Carla Harmatiuk Matos e Jacqueline Lopes Pereira 167

O DANO DIRETO E O DANO REFLEXO NAS VIOLÊNCIAS DE GÊNERO EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E SEUS EFEITOS PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL

Fernanda Nunes Barbosa e Renata Peruzzo 185

A EXTENSÃO DO DANO À MULHER NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA OU FAMILIAR: DEVER GERAL DE INCOLUMIDADE, LESÕES À PERSONALIDADE E INDENIZAÇÃO DE PREJUÍZOS

Gilberto Fachetti Silvestre 201

RESPONSABILIDADE CIVIL, PLANEJAMENTO FAMILIAR E CUIDADO SOB A ÓTICA DO GÊNERO

RESPONSABILIDADE CIVIL POR CONCEPÇÃO INDESEJADA

Cíntia Muniz de Souza Konder 225

DANOS E TECNOLOGIA: ÚTEROS ARTIFICIAIS E NOVAS FRONTEIRAS AO PLANEJAMENTO FAMILIAR

Fernanda Paes Leme e Pedro Gueiros 241

RESPONSABILIDADE CIVIL PELO TEMPO DEDICADO AO CUIDADO: UM CAMINHO RUMO À IGUALDADE MATERIAL?

Andressa Regina Bissolotti dos Santos..... 255

ASSIMETRIAS DE GÊNERO EM RELAÇÕES FAMILIARES: POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE EM HIPÓTESE DE AUSÊNCIA DE DIVISÃO DE CUIDADOS PARENTAIS

Lígia Ziggotti de Oliveira e Francielle Elisabet Nogueira de Lima 271

DISCRIMINAÇÃO, DADOS PESSOAIS E GÊNERO

DEVERES E RESPONSABILIDADE CIVIL DOS AGENTES DE TRATAMENTO DE DADOS. UMA PERSPECTIVA DE GÊNERO SOBRE AS LIMITAÇÕES DO CONSENTIMENTO

Ana Frazão e Maria Cristine Lindoso 285

INFLUENCIADORAS MIRINS ADULTIZADAS: A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELA HIPERSEXUALIZAÇÃO DAS FILHAS

Fabíola Albuquerque Lôbo e Camila Sampaio Galvão 307

RESPONSABILIDADE CIVIL E DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS SOBRE GÊNERO

Fernanda Pantaleão Dirscherl e José Luiz de Moura Faleiros Júnior 325

EXPOSIÇÃO NÃO CONSENSUAL DE IMAGENS ÍNTIMAS: DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO À PERSPECTIVA DO FENÔMENO NO ÂMBITO DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

Dóris Ghilardi e Ariani Folharini Bortolatto 343

RESPONSABILIDADE CIVIL POR CONCEPÇÃO INDESEJADA

Cíntia Muniz de Souza Konder

Doutora em direito civil pela UERJ, Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF, graduada pela Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. Professora do Departamento de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ.

Sumário: 1. Introdução – 2. Direitos reprodutivos: conteúdo e natureza jurídica – 3. As ações com o objetivo de reparação civil por violação de direitos reprodutivos: *wrongful conception*, *wrongful pregnancy*, *wrongful birth* e *wrongful life* – 4. O nexo causal existente entre a omissão da informação adequada e o dano efetivamente causado nos casos de gravidez indesejada ou não planejada no Brasil – 5. Conclusão – Referências.

1. INTRODUÇÃO

“Estima-se que mais da metade das gravidezes no mundo ou 121 milhões por ano não são planejadas. Mais de 60% dessas gravidezes acabam em aborto e 45% deles não são feitos de forma segura”.¹ Os dados impressionantes foram apresentados em 2022 e confirmados no Relatório do Estado da População 2023 pela UNFPA – Agência de Saúde Sexual e Reprodutiva das Nações Unidas.² Mônica Ferro, Diretora do Escritório de Genebra do Fundo das Nações Unidas para a População, entende que existem muitas causas desse fenômeno, tais como pobreza, níveis baixos de escolaridade, participação no mercado de trabalho, exposição à violência e falta de uso de anticoncepcionais.³

A questão sobre a qual se debruça esse artigo não cuida da falta de acesso aos métodos de contracepção, mas justamente das hipóteses nas quais existe o acesso, especificamente, aos métodos de esterilização voluntária, mas a gravidez não planejada acontece. Tais casos são discutidos nos Tribunais nacionais e estrangeiros todos os anos. Decorrem de falha na prestação de serviços, erros médicos e omissões no dever de informar, que ocasionam concepções que justamente objetivavam ser evitadas com tais procedimentos. Na doutrina e jurisprudência americanas, seguidas por vários países europeus, convencionou-se a denominação de *wrongful conception* e *wrongful pregnancy*.

Partindo-se da premissa de que o desenvolvimento dos métodos de esterilização voluntária pode, a depender da omissão médica, notadamente no que concerne à informação adequada, gerar o dever de reparar, busca-se, nesse artigo, cumprir quatro

1. Relatório da ONU diz que 50% das gravidezes no mundo não são planejadas. *Nações Unidas. ONU News. Perspectiva Global. Reportagens Humanas*. Disponível em: <https://shorturl.at/IJQ78>. Acesso em: 11 jul. 2023.
2. The State of Reproductive Choice. In: *State of World Population report 2023*, p. 102.
3. Relatório da ONU diz que 50% das gravidezes no mundo não são planejadas. *Nações Unidas. ONU News. Perspectiva Global. Reportagens Humanas*. Disponível em: <https://shorturl.at/IJQ78>. Acesso em: 11 jul. 2023.

objetivos: (i) tomar por base o alcance dos direitos reprodutivos; (ii) apresentar as noções de *wrongful conception* e *wrongful pregnancy*, (iii) analisar a importância da informação adequada e do dever de esclarecimento, bem como (iv) discutir o nexo causal existente entre a omissão da informação adequada e o dano efetivamente causado.

2. DIREITOS REPRODUTIVOS: CONTEÚDO E NATUREZA JURÍDICA

Tratar de direitos reprodutivos implica falar de autonomia reprodutiva, direito ao livre planejamento familiar e liberdade sexual. Conforme Miriam Ventura:

Os Direitos Reprodutivos são constituídos por princípios e normas de direitos humanos que garantem o exercício individual, livre e responsável, da sexualidade e reprodução humana. É, portanto, o direito subjetivo de toda pessoa decidir sobre o número de filhos e os intervalos entre seus nascimentos, e ter acesso aos meios necessários para o exercício livre de sua autonomia reprodutiva, sem sofrer discriminação, coerção, violência ou restrição de qualquer natureza.⁴

Desde a primeira conferência mundial sobre a mulher, realizada no México pela Organização das Nações Unidas em 1975, o planejamento familiar já era uma preocupação internacional. A II Conferência Internacional de Direitos Humanos, que gerou a Declaração e o Programa de Viena de 1993, estabeleceu que “[O]s Direitos Humanos das mulheres e das crianças do sexo feminino constituem uma parte inalienável, integral e indivisível dos Direitos Humanos universais”. Entretanto, a jornalista Mariana Vick ressalta que foram as próprias mulheres, por meio dos movimentos feministas, que colocaram os direitos reprodutivos em pauta desde o início do século 20. Assim escreve Vick:

[O]s primeiros registros do tema datam do início do século 20, quando a feminista americana Margaret Sanger escreveu sobre o papel da autonomia reprodutiva para a emancipação feminina na revista *The Woman Rebel* (“a mulher rebelde”), que havia fundado em 1914.

Enfermeira obstetra que viu a mãe morrer após a 18ª gravidez, Sanger defendia que as mulheres deveriam se libertar da “escravidão biológica” e ter controle sobre sua reprodução no lugar dos homens, principais autores das leis que proibiam a contracepção na época.⁵

Os direitos reprodutivos propriamente ditos, assim como a saúde reprodutiva, foram previstos no capítulo VII do Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD), realizada no Cairo, no ano de 1994, e na Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Beijing no ano de 1995.⁶

4. VENTURA, Miriam. *Direitos Reprodutivos no Brasil*. 3. ed. Brasília, 2009, [s.n.], p. 19.

5. VICK, Mariana. Direitos reprodutivos: uma história de avanços e obstáculos. *Jornal Nexa*. Disponível em: <https://shorturl.at/hmHY0>. Acesso em: 29 jun. 2023.

6. Heloísa Helena Barboza ressalta: “Durante décadas o planejamento familiar e o controle da natalidade não eram pensados como tema de saúde e cidadania, mas como um problema “coletivo/macro/social”, pertinente ao debate sobre demografia e crescimento econômico. O “planejamento familiar” e o “controle da natalidade”, em outra compreensão, serviram de instrumento de políticas populacionais coercitivas e controle do crescimento da população em alguns países, como a China e a Índia” (BARBOZA, Heloísa Helena. Proteção da autonomia reprodutiva dos transexuais. *Revista Estudos Feministas*. Florianópolis: 20(2): 256, maio/ago. 2012, p. 549.

No Brasil, a autonomia reprodutiva e a liberdade de planejamento familiar têm *status* de norma constitucional, prevista no artigo 226, § 7º da Constituição Federal de 1988,⁷ regulamentada pela Lei 9.263/1996. A viabilização deste direito foi facilitada com o desenvolvimento de métodos anticoncepcionais mais eficientes do que as técnicas de Ogino-Knaus (“Tabelinha”) e de temperatura basal corporal, tais como anticoncepcionais hormonais orais, injetáveis ou em forma de adesivo, preservativos masculinos e femininos – métodos contraceptivos conhecidos como métodos de barreira –, implantes hormonais subcutâneos, dispositivo intrauterino (DIU) hormonal e não hormonal e anel vaginal, dentre outros. No que concerne às técnicas cirúrgicas, duas costumam ser utilizadas para fins de contracepção: a denominada esterilização ou ligação tubária⁸ e a vasectomia.

Mesmo diante de tantos métodos e técnicas, Astrid Bandt, representante do Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA), esclareceu que

Atualmente, mais de 60% das gravidezes no Brasil não foram planejadas, segundo pesquisa deste ano realizada pelo Instituto Inteligência em Pesquisa e Consultoria (IPEC), a pedido da Bayer e da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetria (Febrasgo). Nesse contexto, o país ainda caminha com timidez na garantia de acesso a métodos contraceptivos.⁹

7. Segundo Vitor Almeida: “Em que pese o meritório esforço dos constituintes em contemplar o direito ao planejamento familiar em sede constitucional, sua inclusão em artigo disposto no capítulo “Da família, da criança, do adolescente, do jovem e do Idoso” demonstra o apego demasiado de regular os temas relativos à reprodução e à sexualidade dentro do ambiente familiar. Muito mais razoável e democrático seria tutelá-los na esfera do direito à saúde, o que impediria as posições tradicionais que vinculam tal direito às exigências de união entre as pessoas – casamento ou união estável. Sua localização topográfica na Constituição de 1988 não obsta um entendimento do planejamento familiar livre das amarras da tradicional família aristocrática – burguesa, visto o reconhecimento de entidades familiares outras que não as fundadas no casamento, como as uniões estáveis e a família monoparental, e a tendência à sedimentação do caráter meramente exemplificativo do rol do art. 226 da Constituição de 1988, não encerrando qualquer espécie de *numerus clausus* (ALMEIDA, Vitor. O direito ao planejamento familiar e as novas formas de parentalidade na legalidade constitucional. *Direito Civil: Estudos – Coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa – IBDCIVIL*, p. 422-423).

8. “A esterilização tubária é uma operação relativamente nova. Como método de controle da fertilidade, é, em verdade, uma técnica do século XX. Entretanto, suas origens estão no século XIX, mais precisamente em 1809, quando Haighton realizou experimentos seccionando as tubas de coelhas. Em seres humanos, Blundell, em Londres, em 1823, é considerado pelos ingleses o pioneiro da ligadura tubária (Pai, 1974). Entretanto, como não há publicação específica na literatura médica provando tal fato, outros autores, principalmente americanos, consideram que foi Lungren (1881), nos Estados Unidos, o primeiro a realizar uma ligadura tubária. Sua experiência é descrita como uma esterilização tubária em que foram utilizados fios de seda para amarrar as tubas de uma paciente que já tinha realizado duas operações cesarianas (Sieglar, 1980). No início do século XX, a esterilização cirúrgica passou a ser praticada mais rotineiramente, mas basicamente por razões eugênicas, tais como retardo mental severo. Somente a partir de 1930, com os avanços da clínica cirúrgica e com o advento das sulfonamidas e da penicilina, o uso desta operação começou a ser ampliado. Entretanto, sua história condá tuiu ligada ao Movimento Eugênico até que, com os abusos do nazismo, a prática passou a ser questionada e foi temporariamente abandonada (Potts & Diggory, 1983). O ‘renascimento’ desse procedimento por ocorreu nos anos 60, quando houve um grande interesse pela esterilização voluntária, principalmente por questões populacionais, mas, também, devido à introdução de novas tecnologias, como a laparoscopia, bem como de técnicas mais simples (minilaparotomias) e mais efetivas. A partir dos anos 70, essa técnica cirúrgica se sedimentou como prática contraceptiva, chegando à década de 90 como a forma de contracepção mais usada mundialmente” (MOLINA, Aurelio. Parte II – Controle da fecundidade e Laqueadura tubária: situação nacional, internacional e efeitos colaterais. In: GIFFIN, K., and COSTA, SH. (Org.). *Questões da saúde reprodutiva* [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 1999, p. 128).

9. BANDT, Astrid. *UNFPA defende educação como prevenção da gravidez na adolescência*. Disponível em: <https://shorturl.at/oABE2>. Acesso em: 03 jul. 2023.

O acesso perpassa não só pela garantia de atendimento de saúde especializado em saúde reprodutiva e planejamento familiar, mas também, quando há o efetivo acesso, pelo direito ao devido aconselhamento e retirada de dúvidas quanto ao uso do método escolhido e o adequado acompanhamento.

Não deve ser esquecido que no Brasil é importante um olhar sobre a questão do gênero na responsabilidade pela contracepção,¹⁰ vale dizer, a mulher é muito mais responsabilizada pelas medidas de precaução para evitar uma gravidez indesejada ou não planejada e essa responsabilidade aumenta ou diminui em razão da região do país, da cultura do casal e/ou do local, da faixa etária, da religião, da raça/etnia, dentre tantas outras variáveis imprescindíveis para essa análise.¹¹ Heloísa Helena Barboza e Vitor Almeida destacam:

No campo da sexualidade e da reprodução, a restrição aos direitos da mulher torna-se mais nítida, especialmente em razão dos progressos biotecnológicos, conforme já observado, ainda que no plano jurídico-constitucional homens e mulheres gozem de igualdade de condições para o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos. O corpo da mulher vem sendo cada vez mais “docilizado” (Barboza, 2013, passim), a partir da intervenção médica, sobretudo, durante o período gestacional.¹²

Ainda assim, com toda essa carga social, familiar e na maioria das vezes econômicas,¹³ somente no final do ano de 2022, a mulher casada deixou de precisar do consentimento expresso do cônjuge para realizar a esterilização cirúrgica, que também era exigido para o homem, caso assim desejasse proceder. A exigência era prevista no parágrafo quinto do art. 10 da Lei 9.263 de 1996, revogado pela Lei 14.443 de 2 de setembro de 2022.

10. “Tal como ocorre com o aprendizado do sexo com o/a parceiro/a, na adolescência e juventude, há uma forte naturalização ou banalização das práticas contraceptivas, em geral atribuídas às mulheres, tomadas como algo dado, meramente técnico, quase compulsório, de ordem natural, como se isso fosse possível. “Evitar filhos” tem sido compreendido no campo da saúde como algo inerente às mulheres, impossível não saber, não fazer, não conseguir evitar uma gravidez inesperada. Daí ouvirmos em todos os espaços sociais expressões tais como: “Como assim, engravidou sem querer?” “Com tanta informação hoje em dia, com tantos métodos, como pode?”. O tema da contracepção, embora tomado no campo da saúde como de domínio técnico relativo ao conhecimento de métodos contraceptivos, engendra relações sociais complexas entre homens e mulheres, que ocorrem em contextos de hierarquias de gênero, de aprendizado da sexualidade e também de violência. Convivemos com uma reprovação moral e social da reprodução, principalmente em classes populares, como se diante da pobreza, não houvesse sentido algum em reproduzir, ter filhos, formar uma família” (BRANDÃO, Elaine Reis. Tênuos direitos: sexualidade, contracepção e gênero no Brasil. *Anuário antropológico [online]*, v. 45, n. 2, 2020, p. 12. Disponível em: <http://journals.openedition.org/aa/5766>; DOI: <https://doi.org/10.4000/aa.5766>. Acesso em: 03 jul. 2023).

11. Para a reflexão sobre a autonomia reprodutiva dos transexuais cf. BARBOZA, Heloísa Helena. Proteção da autonomia reprodutiva dos transexuais. *Estudos Feministas*, Florianópolis, 20(2): 256, maio/ago. 2012, p. 549-558.

12. BARBOZA, Heloísa Helena; ALMEIDA, Vitor. (Des)Igualdade de gênero: restrições à autonomia da mulher. *Pensar*, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 240-271, jan./abr. 2017.

13. “No Brasil, 48,7% das famílias são chefiadas por mulheres, segundo estudo feito pelo Grupo Globo. A pesquisa apresentou uma série de dados sobre o papel da mulher brasileira dentro e fora do mercado de trabalho e mostrou que, embora elas sejam maioria com ensino superior, ainda lideram os índices de desemprego no país: 14,9% das pessoas sem emprego são mulheres e 12%, homens”. BATISTELA, Clarisse; VAZ, Ana. *Pesquisa revela que 48,7% das famílias são chefiadas por mulheres: Mãe empreendedora*, diz moradora de SC. Disponível em: <https://shorturl.at/defu4>. Acesso em: 03 jul. 2023.

3. AS AÇÕES COM O OBJETIVO DE REPARAÇÃO CIVIL POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS REPRODUTIVOS: *WRONGFUL CONCEPTION*, *WRONGFUL PREGNANCY*, *WRONGFUL BIRTH* E *WRONGFUL LIFE*

Oriundas do direito anglo-saxão, as ações designadas como *wrongful conception*, *wrongful pregnancy*, *wrongful birth* e *wrongful life* buscam a reparação civil em razão de danos decorrentes de violações relacionadas ao planejamento familiar e aos direitos reprodutivos. No entanto, o reconhecimento de violações a tais direitos não foi uma construção histórica simples e célere, eis que permeadas de juízos morais, e religiosos, além da visão regional de cada Tribunal, conforme se pode ver dos casos abaixo.

Sob a perspectiva do direito norte-americano, a história dos danos pré-natais ressarcíveis (*Prenatal Torts*) teve início em 1884, com o julgamento pela Suprema Corte de Massachusetts do caso *Dietrich v. Inhabitants of Northampton*. Nele, o objetivo era pleitear indenização para a gestante, que ao andar por uma calçada defeituosa, escorregou e caiu, o que levou à perda do filho que esperava, no quarto mês de gestação, tendo o feto sobrevivido apenas em torno de quinze minutos fora do ventre materno.¹⁴ O pedido foi negado, sob o fundamento de que o nascituro faz parte da gestante e não é reconhecido legalmente como pessoa.¹⁵ Somente em 1946, no caso *Bonbrest x Kotz*, o Tribunal de Columbia decidiu que se uma criança tem a possibilidade de sobreviver fora do útero materno, então ela própria pode pleitear indenização por danos que sofreu enquanto aguardava o nascimento no ventre de sua mãe,¹⁶ fazendo cair por terra o argumento de décadas utilizado no caso *Dietrich*, ocorrendo o *overruling*. O caso se tornou um marco por reconhecer direitos ao feto por danos causados no útero.¹⁷

Em 1934, a Suprema Corte de Minnesota julgou o caso *Christensen v. Thornby*. Em razão de sua esposa ter enfrentado grandes dificuldades no parto do primeiro filho, Christensen foi aconselhado a fazer uma vasectomia, sendo-lhe garantido que, assim, sua esposa não engravidaria. O procedimento foi feito e o médico asseverou que havia sido um sucesso. Mesmo assim, a gravidez ocorreu. Christensen buscou reparação por danos emocionais e despesas com a gravidez da esposa. A Corte negou o pedido, fundamentando, dentre outros argumentos, que o nascimento de uma criança saudável não constitui uma lesão.¹⁸ Cunhou-se, então, o célebre argumento que perdurou por décadas nas Cortes americanas, de que “o nascimento de

14. HEATHCOTTE, Brock, *Dietrich v. Inhabitants of Northampton* [Brief] (1884). *Embryo Project Encyclopedia* (2008-05-09). ISSN: 1940-5030. Disponível em: <http://embryo.asu.edu/handle/10776/1782>. Acesso em: 04 jul. 2023.

15. *Prenatal tort*. Legal Information Institute. Cornell Law School, 2023. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/prenatal_tort. Acesso em: 04 jul. 2023.

16. *Prenatal tort*. Legal Information Institute. Cornell Law School, 2023. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/prenatal_tort. Acesso em: 04 jul. 2023.

17. GODOY, Gabriel Gualano de. *Acórdão Perruche e o direito de não nascer*. Dissertação (Mestrado) apresentada ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Curitiba, 2007, p. 13. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/12026>. Acesso em: 11 jul. 2023.

18. EISENBERG, Melvin A. *Overruling*. In *Legal Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 98-110.

uma criança é uma benção¹⁹, impedindo assim, a reparação civil por nascimento de uma criança saudável.

O caso *Shaheen v. Knight* foi julgado pelo Tribunal de Apelações do Condado de Lycoming, Pennsylvania, em 1957. Nele, Shaheen contratou o médico para esterilizá-lo, de forma a limitar o tamanho de sua família e sustentá-la com conforto. A cirurgia foi realizada, mas não funcionou, pois tempos depois sua esposa descobriu-se grávida. Ao buscar a reparação, a Corte negou o pedido, fundamentando que permitir ações como essas importaria em reconhecer que o médico deveria pagar pela diversão, alegria e carinho que o autor teria na criação e educação de seu filho. Fundamentou, também, que muitas pessoas estariam dispostas a sustentar a criança se pudessem ter a sua guarda, mas que Shaheen assim não desejava – ele queria manter o filho com o apoio financeiro do médico, o que, se permitido, violaria a ordem pública.²⁰ Mantinha-se, décadas depois, o argumento do nascimento como fato – sempre – abençoado.

No caso *Custodio v. Bauer*,²¹ julgado pela Corte de Apelação da Califórnia, em 1967, o casal buscou reparação civil em virtude da concepção indesejada e “nascimento de um filho saudável”²² em virtude de falha na cirurgia de esterilização da mulher, já mãe de nove filhos. Um dos trechos da decisão, referindo-se a ações anteriores, estabelece que “o nascimento de uma criança talvez possa ser menos do que um evento tão abençoado assim”. Deste modo, a Corte entendeu que o casal tinha motivos suficientes para processar os médicos.²³

O caso *Gleitman v. Cosgrove*,²⁴ julgado pela Suprema Corte de Nova Jersey em 1966, trouxe uma novidade: foi um dos significativos casos em que a própria pessoa nascida com deficiência – um bebê – propôs a ação, junto com seus pais, pelos danos decorrentes do nascimento indesejado. A gestante consultou o médico Cosgrove já grávida de dois meses, informando-o que no primeiro mês de gravidez teve rubéola. O médico afirmou que a doença não teria nenhum efeito para o bebê, fato que o segundo médico que consultou, meses depois, confirmou.²⁵ Houve o nascimento do bebê, que apresentou distúrbios de fala, visão e audição. Os pedidos foram indeferidos. Jankowski menciona

19. MURTAUGH, Michael, T. *Wrongful Birth: The Courts' Dilemma in Determining a Remedy for a Blessed Event*, 27 *Pace L. Rev.* 241 (2007), p. 243.
20. GRANT, Gilmore; KESSLER, Friedrich J.; KRONMAN, Anthony T.; LESSIG, Lawrence. *Shaheen v. Knight. Contracts: Cases and materials*, Resource 4.1.20. Disponível em: <https://opencasebook.org/casebooks/246-contracts-cases-and-materials/resources/4.1.20-shaheen-v-knight/>. Acesso em: 06 jul. 2023.
21. HAQQ, Luke. *The history of wrongful birth and the history of reproductive technologies*, 24, *MINN. J. L. SCI & TECH.* 293 (2023). Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/mjlst/vol24/iss2/2>. Acesso em: 06 jul. 2023.
22. O dizer “nascimento de um filho saudável” é importante, pois, conforme se verá, a depender da corrente doutrinária, haverá uma distinção por dano por nascimento indesejado de criança sadia e dano por nascimento indesejado de criança com deficiência.
23. ZHANG, Mark, “Turpin v. Sortini (1982)”. *Embryo Project Encyclopedia* (2012-01-01). Disponível em: <http://embryo.asu.edu/handle/10776/2294>. Acesso em: 06 jul. 2023.
24. A depender do autor, esse caso pode ser classificado como *wrongful life* ou *wrongful birth*.
25. *Gleitman v. Cosgrove*. *Justia Us Law*. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1967/49-n-j-22-0.html>. Acesso em: 04 jul. 2023.

os dois argumentos da decisão, que acabaram por justificar, posteriormente, as negativas de muitas ações do mesmo tema: “Primeiro, a política pública apoia a santidade da vida humana e presume que a existência em qualquer estado de saúde é sempre preferível a inexistência e, segundo, os danos são incalculáveis, porque um tribunal não pode medir o valor de nunca ter nascido”.²⁶

No ano de 1973, a Suprema Corte americana tomou uma marcante decisão, que influenciaria bastante as próximas ações judiciais: determinou que a Constituição dos Estados Unidos da América prevê o direito fundamental, ligado à privacidade, de uma pessoa escolher fazer um aborto até o primeiro trimestre de gravidez.²⁷ Afirma-se que após essa decisão, somada ao desenvolvimento e à popularidade dos métodos contraceptivos e de esterilização, muitas Cortes começaram a reconhecer as ações de violação de direitos reprodutivos, notadamente aquelas propostas em virtude do nascimento indesejado da criança com deficiência, justamente porque a gestante teria a opção de realizar a interrupção da gravidez durante o primeiro trimestre.²⁸

Embora tenha sido julgado na Corte de Cassação francesa, de tradição totalmente distinta dos Tribunais norte-americanos, é importante trazer o caso *Perruche*, que ultrapassou as portas do Tribunal e ganhou o debate público. Daniel Amaral Carnaíba resume bem o caso, inclusive quanto a eventuais equívocos na sua interpretação: No início da gravidez e com sintomas de rubéola, a Sra. Perruche buscou atendimento médico e quis realizar exame de sangue para confirmar a doença. Se confirmada a enfermidade, optaria pelo abortamento, uma vez eu a rubéola pode causar malformações fetais. Por uma sucessão de erros do laboratório e do médico, foi dito a ela que não tinha a doença. Nasceu Nicolas Perruche, com gravíssimos problemas de saúde: não ouvia, não enxergava, era portador de cardiomiopatia e severos distúrbios neurológicos, o que faria com que dependesse de cuidados por toda a sua vida. O que tornou o caso tão conhecido, em primeiro lugar, foi o fato de não só os pais de Nicolas, mas também o próprio Nicolas ser autor da ação de reparação dos danos à sua saúde em virtude da doença. Em 17

26. “First, public policy supports the sanctity of human life and presumes that existence in any state of health is always preferable than non existence, and second, damages are incalculable, because a court cannot measure the value of never been born”. Tradução livre. JANKOWSKI, Kathryn J. *Wrongful Birth and Wrongful Life Actions Arising From Negligent Genetic Counseling: The Need for Legislation Supporting Reproductive Choice*. *Fordham Urban Law Journal*, v. 17, n. 1, 1988, p. 45-46. Disponível em https://ir.lawnet.fordham.edu/ulj/vol17/iss1_2. Acesso em: 04 jul. 2023.
27. TEMME, Laura. *Roe v. Wade Case Summary: What You Need to Know*. Disponível em: <https://shorturl.at/dCDMQ>. Acesso em: 4 jul. 2023. É importante notar que em 2022, a Suprema Corte Americana estabeleceu que a Constituição americana não concede o direito ao aborto. Assim, *Roe v. Wade* foi overruled e foi deixado a cargo dos estados decidir se permitem ou não o aborto. (Supreme Court of the United States. *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health et al. v. Jackson's Women's Health Organization et al.* n. 19-1392. Decided June 24, 2022. Disponível em: www.supremecourt.gov. Acesso em: 11 jul. 2023).
28. “The United States Supreme Court's decision in *Roe v. Wade* to protect abortions during the first trimester of pregnancy opened the door for a variety of litigants to attempt to establish other new rights stemming from additional dimensions of procreative activities. In particular, individuals and their children have brought wrongful life, wrongful birth, and wrongful pregnancy tort actions in federal and state courts”. (LACROIX, Sumner J.; MARTIN, Linda G. *Damages in Wrongful Pregnancy Tort Actions*. In: IRELAND, Thomas R.; WARD, John O. (Ed.). *Assessing Damages in Injuries and Deaths of Minor Children*. Tucson, Arizona: Lawyers & Judges Publ. Comp. 2002, p. 94).

de novembro de 2000, a Corte de Cassação acolheu o pedido. Carina explica que, a despeito de o caso ser bastante discutível, sendo uma das críticas a de que a Corte teria reconhecido um “direito a não nascer” em relação às pessoas com deficiência, na decisão não há nenhuma menção a esse suposto direito ou à ideia de que a vida de pessoas com deficiência não merece ser vida, mas sim que os danos indenizados são aqueles patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes da doença, esclarecendo, também, que a França tem tradição de dar importância à reparação dos danos corporais e por isso a sua legislação impõe um sistema de seguro obrigatório para os médicos.²⁹ O caso despertou tanta polêmica que houve a edição e promulgação da Lei 2002-3003, apelidada de “Lei Anti-Perruche”, proibindo a reparação civil justamente nessa hipótese.

Todos esses casos convergem para demonstrar que o reconhecimento dos direitos reprodutivos e as ações de reparação civil que os asseguram foram admitidos paulatinamente. Releva notar que existe muita divergência na doutrina acerca do significado das expressões *wrongful conception*, *wrongful pregnancy*, *wrongful birth* e *wrongful life*.³⁰ Para esse trabalho, já refletindo em adaptá-lo ao caso brasileiro, adotam-se as seguintes nomenclaturas e significados: *wrongful conception* é a ação judicial que tem por objetivo a reparação civil oriunda de gravidez indesejada, que culmina no nascimento de uma criança saudável ou com deficiência. *Wrongful pregnancy* é a ação judicial cujo propósito é a reparação civil em razão da falha no método de abortamento, que no Brasil é permitido nos casos de estupro,³¹ para salvar a vida da gestante e nos casos de feto anencéfalo. As

29. CARNAÚBA, Daniel Amaral. Direito de não nascer: entendendo o acórdão Perruche. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://shorturl.at/wxS14>. Acesso em: 11 jul. 2023.

30. Recomenda-se o estudo realizado por SILVA, Rafael Peteffi da Silva. *Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life*: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelo ordenamento brasileiro. Disponível em: <https://shorturl.at/bhvyG>. Acesso em: 11 jul. 2023.

31. Embora as ações descritas nesse artigo refiram-se às questões médicas, não se vê óbice para a propositura de ação de indenização nos casos em que, diante de uma autorização legal para abortamento, restar comprovado que tal autorização foi violada, na forma de impedimento ou retardo do procedimento, causando mais danos à vítima. Recorde-se: “Vítima de estupro, a menina descobriu estar com 22 semanas de gravidez ao ser encaminhada ao Hospital Universitário de Florianópolis. A unidade orientou a família a entrar com pedido judicial para realizar o aborto, pois, informou, realizava o procedimento sem autorização apenas até a 20ª semana. Depois que o caso foi parar na Justiça, a decisão e trechos de uma audiência sobre o caso foram revelados em uma reportagem dos sites Portal Catarinas e The Intercept. O material foi publicado no dia 20 de junho. Na audiência com a menina, que já havia sido afastada da família e era mantida no abrigo para que não realizasse o aborto, a juíza Joana Ribeiro Zimmer e a promotora Mirela Dutra Alberton pedem para a criança se ela ‘suportaria mais um pouquinho’ a gestação”. (BATISTELA, Clarissa. *Família de menina impedida de abortar após estupro em SC cogita deixar cidade em que mora, diz advogada*. Disponível em: <https://shorturl.at/ikyZP>. Acesso em 04 jul. 2023 (grifou-se)). “Augusto Aras, procurador-geral da República, informou ao Supremo Tribunal Federal que abriu uma apuração preliminar para investigar se a ministra Damares Alves – da pasta Mulher, Família e Direitos Humanos – tentou impedir que uma menina de dez anos, vítima de estupro, fizesse a interrupção de sua gravidez, conforme permite a lei. O caso em questão ocorreu no Espírito Santo, em agosto, e teve enorme repercussão nacional. Apesar da enorme pressão feita por grupos religiosos, a menina foi submetida ao procedimento para a interrupção da gravidez em um hospital de Recife. O principal suspeito do estupro é um tio da menina, que foi preso. Uma reportagem do jornal *Folha de S. Paulo* afirmou que Damares agiu nos bastidores para tentar impedir o aborto legal – a reportagem dizia que a ministra desejava que a menina fosse levada a um hospital de Jacareí (SP) para que fosse feito o parto. Além disso, assessores da ministra são acusados de terem divulgado os dados (como o endereço) da menina para grupos anti-aborto”. (CONJUR. *PGR apura se Damares tentou impedir aborto de menina vítima de estupro*. Disponível em: <https://shorturl.at/bptA9>. Acesso em: 04 jul. 2023.

ações de *wrongful life*, por sua vez, tem como finalidade que a própria criança com deficiência proponha uma ação de indenização por vida indesejada. Em razão dessa opção terminológica, deixa-se de adotar *wrongful birth*, eis que, ressalvadas as controvérsias, envolve gravidez planejada, mas que envolve o nascimento de criança com deficiência, uma vez que o Brasil não adota a possibilidade de abortamento nesses casos.

A pergunta que se pretende responder no próximo tópico é: nos casos de *wrongful conception*, em matéria de reparação civil, qual é o papel da ausência da informação apropriada e do dever de esclarecimento no estabelecimento do nexo causal entre a omissão e o dano efetivamente causado?

4. O NEXO CAUSAL EXISTENTE ENTRE A OMISSÃO DA INFORMAÇÃO ADEQUADA E O DANO EFETIVAMENTE CAUSADO NOS CASOS DE GRAVIDEZ INDESEJADA OU NÃO PLANEJADA NO BRASIL

Já existiu a era na qual o médico apenas dizia o que tinha que ser feito em relação ao seu corpo e à sua saúde, sem grandes explicações e sem questionamentos por parte dos seus pacientes ou de suas famílias. Como bem assevera Vera Maria Jacob de Fradera:

A possibilidade de um médico ser responsabilizado por um erro ou falha em sua conduta profissional nem sempre foi considerada, de vez que, durante longo tempo, desfrutou de uma posição de destaque na sociedade, orientando as famílias às quais assistia, não só em relação à saúde, como em muitos outros assuntos. Era o “médico de família”, o médico de cabeceira, que, durante décadas dispensava cuidados, às vezes, a três gerações de um clã familiar.

A partir do momento em que se inaugurou o sistema de Medicina socializada, na grande maioria dos países, houve uma transformação radical na forma do relacionamento médico-paciente, pois de uma relação amistosa, se transformou em um contato frio e impessoal, em que o médico vê no paciente um desconhecido, alguém que, provavelmente lhe foi encaminhado por outro médico ou por um serviço de assistência do Estado, enquanto que, para o paciente, o médico é apenas um técnico com o qual manterá relacionamento estritamente profissional.³²

Esta longínqua época não mais existe. O médico é um prestador de serviços e lida com vidas humanas. Para que o paciente possa tomar decisões sobre o próprio corpo, para que possa ter autonomia, o seu consentimento precisa ser livre e esclarecido. E isso somente é possível por meio da informação e do esclarecimento, que são deveres que, se violados, suscitam a falha na prestação do serviço médico.³³

A informação é tão importante que a Constituição da República a prevê como direito fundamental no art. 5º, incisos XIV, XXXIII e LXXII. O Código de Defesa do

32. FRADERA, Vera Maria Jacob de. A responsabilidade civil dos médicos. *Arquivos do Conselho Federal de Medicina do Paraná*, v. 11, n. 41, jan./mar. 1994, p. 1-17. Disponível em: [https://www.crmpr.org.br/uploadAd-dress/41\[3359\].pdf](https://www.crmpr.org.br/uploadAd-dress/41[3359].pdf). Acesso em: 22 jun. 2023, p. 1.

33. “Assim é que, no caso brasileiro, em respeito ao texto constitucional, parece lícito considerar a personalidade não como um novo reduto de poder do indivíduo, no âmbito do qual seria exercida a sua titularidade, mas como valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda a atividade econômica a novos critérios de validade”. TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 46.

Consumidor, Lei 8.078/90, amplia ainda mais o seu papel, prevendo, também, o dever de esclarecimento nos artigos 50, 54-D, I e 54-G, § 1º.

Um dos objetivos da Política Nacional de Relações de Consumo é a “educação e informação de fornecedores e consumidores quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo”.³⁴ Exemplos dessa política de defesa são os direitos considerados básicos do consumidor, como a informação adequada e clara sobre bens ou serviços.³⁵ Esses mecanismos são criados, dentre outras finalidades, para ajudá-lo a tomar uma decisão informada sobre as contratações. A informação é o meio que garante a liberdade real de escolha, por isso assegurada como um direito básico do consumidor.³⁶

Sob a ótica da boa-fé objetiva, o dever de informar é indicado como dever anexo ou lateral do contrato, pois é inviável o estabelecimento da confiança sem a adequada informação. O seu fornecimento, na formação do contrato, é requisito para a lealdade na relação, pois viabiliza a formação da vontade, na medida em que oferece os elementos básicos para a decisão racional.

Na prestação de serviços médicos para a prevenção de gravidez não desejada, área na qual o paciente desconhece a técnica, a informação adequada e o dever de esclarecimento assumem especial relevância, ao ponto de, na sua ausência ou na sua prestação de maneira insatisfatória ou errônea, ser possível, a depender do caso, estabelecer-se o nexo causal entre a omissão e o dano – vale dizer – a violação aos direitos reprodutivos e ao direito ao planejamento familiar. Não se entende que o dano é o nascimento da criança, ilação perigosa a desafiar emocionados debates morais e religiosos sobre se o nascimento de uma criança é, de fato, para todas e todos, uma dádiva ou benção. O que há é a falha na prestação de serviços, que pode ocorrer por violação do direito à informação adequada e ao dever de esclarecimento.³⁷

34. CDC, art. 4º, IV: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] IV – educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo”.

35. CDC, art. 6º “São direitos básicos do consumidor: [...] II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”.

36. Nesse sentido, defende Claudia Lima Marques: “Na Alemanha já se considera a autonomia de um direito da informação, como ramo transversal do novo direito privado constitucionalizado. Como ensina Michael Kloepfer, informação é um tema novo, transversal e multifacetado do direito privado. Informação é, ao mesmo tempo, um estado subjetivo, é o saber ou não saber, informação é um processo interativo, que se denomina normalmente de comunicação (tornar comum); informação é um conteúdo, são os dados, saberes, conhecimentos, imagens, sons, formas, palavras, símbolos ou (in)formações organizadas, e – acima de tudo – informação é um direito!” MARQUES, Claudia Lima. Prefácio. In: BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 10-11.

37. [S]omente cabe falar em verdadeiro consentimento informado se o paciente for capaz de compreender o teor do Termo de Consentimento Informado, cujo vocabulário deve ser suficientemente preciso e compreensível

No estudo da responsabilização dos profissionais de saúde pela violação da autonomia dos pacientes, é imprescindível analisar se o princípio do consentimento livre e esclarecido foi cumprido.³⁸ Para que seja possível exercer a sua autonomia, o paciente deve conhecer as informações sobre a sua saúde, o diagnóstico, os tratamentos disponíveis, os riscos de cada intervenção médica, os efeitos colaterais e ter as suas dúvidas respondidas em um processo dialógico com o médico, para que então possa exercer a sua autonomia e tomar as decisões relacionadas à sua saúde e ao seu próprio corpo.

Para que possa exercer a autonomia reprodutiva, é imprescindível que seja informado que mesmo procedimentos como laqueadura tubária e vasectomia não possuem 100% de eficácia e que pode ocorrer uma gravidez que, naquele momento da vida, não era desejada.

De acordo com Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira: “[E]sse direito é fundamental para o paciente, pois tem a função instrumental de concretizar a autodeterminação pessoal, já que a toda pessoa deve ser assegurado o poder de decidir, livremente, sobre o seu próprio corpo”.³⁹

Como exemplo de ausência de consentimento informado, pode-se apresentar o seguinte caso: o paciente foi submetido a vasectomia com objetivo de planejamento familiar. No entanto, não recebeu a informação devida sobre o procedimento, as medidas pré-operatórias, nem tampouco foi esclarecido sobre os cuidados no pós-operatório, principalmente a necessidade de realizar espermograma após 25 ejaculações (e enquanto isso adotar outro método de contracepção.) No caso, sequer foi exigido do paciente a assinatura do Termo de Consentimento Informado. Com fundamento na violação do direito à informação, o pedido de danos morais foi concedido, mas o de pensão mensal foi indeferido, ao argumento que vale transcrever:

ao paciente, para que proporcione completo entendimento sobre seus termos. É necessário, pois, que o médico promova uma efetiva interação com seus pacientes, observando as condições e as limitações concretas de cada um, explicando-lhes cada aspecto do conteúdo do Termo, para que este possa ser uma fonte de segurança para ambos. [...]

O postulado acabado de referir é imprescindível para estabelecer que o consentimento somente será como válido se as informações transmitidas aos pacientes forem bastantes para a formação da sua convicção. A falta de informação, ou sendo ela incompleta ou imprecisa para sustentar um consentimento devidamente esclarecido, poder-se-á afirmar que, ainda que o paciente tenha apostado sua assinatura no Termo que lhe tiver sido apresentado, o consentimento obtido será considerado inválido, passando a ele a responsabilidade civil como um ato não autorizado, incidindo, a partir daí, as regras que imputem a ele a responsabilidade civil pela intervenção não permitida sobre a integridade física de terceiros. (GODINHO, Adriano Marteleto. A responsabilidade civil dos profissionais de saúde pelo dano derivado do desrespeito à autonomia dos pacientes. *Migalhas de Responsabilidade Civil*). Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/383886/responsabilidade-pelo-dano-do-desrespeito-a-autonomia-dos-pacientes>. Acesso em: 26 jun. 2023.

38. Cf. KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no Biodireito: o caso dos transexuais e dos wannabes. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 4, v. 15, jul./set. 2003, p. 41-71.

39. PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Relação médico-paciente: o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 76.

No tocante à pensão mensal, entendo que não se pode resolver a questão de ter mais um filho, em virtude de falha no serviço estatal, com o pagamento de uma pensão mensal. Ter filhos é assumir obrigações sim, de natureza material, mas, sobretudo, imaterial, as quais não podem ser transferidos para o Poder Público. Por outro lado, as compensações são inúmeras e traduzem, ao menos ao meu sentir, o próprio sentido da vida. Não consigo vislumbrar direito ao pagamento de pensão, até porque, em tese, possui o Poder Público o dever de prestar serviços de saúde e educação, até outros, para colaborar na formação da personalidade dos seus cidadãos. Se admitirmos a extensão da responsabilidade da Administração Pública para reconhecer o direito ao pagamento de pensão mensal, em breve o cidadão proporá ação postulando que o Estado cuide do seu filho, lhe transferindo o poder familiar.⁴⁰

O autor da ação, na realidade, não buscava transferir o ônus da criação de sua filha para o Estado, tampouco se furtar ao exercício do poder familiar. Não discutiu na sua ação judicial – pelo menos a sentença não relata isso – que ter uma filha não traz compensações e não traduz “o sentido da vida”. Entende-se que a questão central não é esta e, portanto, este não pode ser o fundamento para se negar a pensão mensal, sob pena de se voltar aos tempos das decisões das Cortes americanas dos idos de 1934 e 1957, revelando-se decisão flagrantemente inconstitucional. O que houve, vale dizer, foi falha na prestação de serviços médicos por violação de dever de informar e de esclarecer, direito fundamental do consumidor, também previsto na lei consumerista. Em razão disso, o autor teve violados os seus direitos reprodutivos e o seu direito ao planejamento familiar, ocorrendo, portanto, lesão à autonomia reprodutiva, de proteção constitucional. Deste fato resultaram danos morais e danos materiais, que o autor teve e terá de suportar. O pagamento da pensão mensal representa um tipo de dano material que decorre da lesão à autonomia reprodutiva que se pretendia evitar e teria sido evitada se a informação correta e o esclarecimento tivessem ocorrido.

O papel da informação é tão relevante que Eduardo Dantas assim defende:

O esclarecimento vai além da informação, porque a pessoa pode ter sido informada e não obstante não ter sido esclarecida; não ter compreendido perfeitamente as informações que lhe foram prestadas, seja porque não foram claras o suficiente, seja porque não tenham sido adequadas à sua linguagem, às suas características culturais, psicológicas ou ainda porque foram insuficientes etc. Neste sentido, é de bom alvitre pontuar que para esclarecer não é preciso que o médico forneça ao paciente um manual completo de anatomia ou outro qualquer em linguagem técnica e ininteligível por quem não seja do mesmo meio que ele, médico. Excesso de informação e esclarecimento, não são sinônimos e esclarecer não é nem de longe, cumprir o protocolo. É antes disso, a base da relação médico-paciente e o que se exige é a qualidade da informação, que não tem relação, necessariamente, com a quantidade.⁴¹

O alerta de Dantas pode ser visto no segundo caso analisado abaixo. Trata-se de ação de reparação civil por danos materiais e morais, ajuizada em função de a autora ter se submetido a laqueadura de trompas e, anos depois, ter ocorrido gravidez indesejada.

40. TJERJ. 1ª Vara de Fazenda Pública. Processo 0119945-90.2011.8.19.0001, p. 13.06.2013 (grifou-se).

41. DANTAS, Eduardo. Revisitando a responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações: três décadas de evolução do conceito e seu impacto nas atividades de saúde. DOMENECH, Javier Barceló; MATOS, Filipe Miguel Albuquerque; PEREIRA, André Gonçalo; ROSENVALD, Nelson. *Responsabilidade civil em saúde: diálogos com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro*. Coimbra: Centro de Direito Biomédico, 2021, p. 89. (grifou-se)

Na primeira instância o pedido foi julgado improcedente, mas na segunda instância a sentença foi reformada justamente em razão da violação dos deveres de informação adequada e do esclarecimento necessário e adequado a uma pessoa humilde:

Por conseguinte, da exposição dos fatos narrados na inicial e de toda a prova produzida nos autos, verifica-se que o médico deixou de informar à paciente acerca da falibilidade do método contraceptivo empregado e que a literatura médica aponta um baixíssimo nível de reversão natural. Ao contrário, garantiu à autora que a cirurgia teria sido “um sucesso” e que ela jamais poderia engravidar novamente. Vale ressaltar que se exige que a informação seja dada diretamente à paciente, não suprindo esse dever formulário assinado por seu cônjuge ou parente, de forma lacônica, informando tão somente os riscos da cirurgia. No ponto, o réu assente com a alegação da autora, salientando que realmente a informou acerca do sucesso da cirurgia, que englobaria a inexistência de intercorrências e a obtenção do fim almejado. Embora alegue que jamais afirmou a impossibilidade física de nova gestação, não há dúvidas de que para um leigo, notadamente para a autora, pessoa humilde, a afirmação de que o procedimento cirúrgico foi um sucesso e que alcançou o fim almejado implica o reconhecimento da impossibilidade de concepção.⁴²

Nesse caso, o médico e o hospital foram condenados, solidariamente, não só aos danos morais, mas também ao pagamento de pensão mensal, no valor de 70% do salário-mínimo até que seu filho complete 18 anos de idade. Caso esteja matriculado em colégio e/ou universidade, a pensão será estendida até os 24 anos.

Outro julgado demonstra como as razões de moralidade se superpõem à normatividade para decidir acerca da reparação civil. No caso, a autora alega que embora tenha tido todas as condições para realizar a laqueadura tubária por ocasião do nascimento do seu terceiro filho, o procedimento não fora feito, o que ocasionou nova gestação, daí a ação de reparação civil.

Na primeira instância a autora teve o pedido julgado parcialmente procedente, mas na segunda instância houve divergência sobre em que momento teria ocorrido o procedimento de laqueadura, se após o parto do terceiro filho ou do quarto filho. O perito médico concluiu, com base na documentação acostada aos autos, que a autora não fora submetida à laqueadura tubária por ocasião do terceiro parto e sim no quarto parto, conforme boletim médico. Para o Desembargador relator, no laudo médico, consta que a laqueadura não fora realizada por ocasião do parto do terceiro filho. Contudo, no prontuário médico conta a expressão “Realizada cesárea + LT (laqueadura tubária) sem intercorrências, sendo corroborado pelo relatório médico. Com base nas informações, os pedidos de indenização foram indeferidos. Um dos fundamentos pode ser conferido abaixo:

A dificuldade em relação ao tema já foi destacada em doutrina, a qual se justifica no fato da questão ser mais do que jurídica, fundamentada em uma base ética e moral. De fato, o recurso à moral parece indispensável ao mesmo tempo para afirmar simbolicamente o valor intrínseco da vida e de sua superioridade sobre as razões pessoais da mãe e para poupar a criança, que poderá vir a descobrir a verdade mais tarde, constatando que para seus pais era nada mais que um ‘prejuízo’ do qual procuraram ser indenizados depois de haver tentado em vão dele se desfazer.⁴³

42. TJERJ. 27ª Câmara Cível. Apelação Cível 0010907-33.2008.8.19.0007, p. 06.06.2014.

43. TJERJ, 6ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível 0402901-77.2014.8.19.0001, p. 18.11.2020. (grifou-se)

Um dos argumentos utilizados no julgamento para indeferir os pedidos de dano moral e material é conhecido na antiga jurisprudência americana dos idos de 1930 a tência de um filho “bastardo emocional”, por poder vir a descobrir, mais tarde, que os pais buscaram reparação civil por um nascimento que não foi desejado, ou seja, aquele filho teria sido um prejuízo na vida dos pais.

5. CONCLUSÃO

A problemática da responsabilidade civil por concepção indesejada perpassa pela análise da falha na prestação de serviços, que pode se dar por informação inadequada. O fundamento das ações, nestes casos, é a falta de informação, falta de esclarecimento ou informação errônea acerca do procedimento médico que busca a esterilização, de modo que o paciente acredita que não pode mais conceber ou gerar um filho.

Muitas decisões judiciais fundamentam a impossibilidade de indenização por dano material ou moral na falibilidade do procedimento médico, que não garante cem por cento de sucesso, podendo ocorrer gravidez, mesmo que em um percentual mínimo de casos.

O problema se torna muito mais contundente quando os fundamentos judiciais para negar a indenização são moralistas, por entender que não é possível indenizar a ocorrência de gravidez porque o nascimento de uma criança “é uma dádiva” ou um “evento abençoado”, ou porque os pais querem transferir ao Estado o poder familiar, retomando os fundamentos do direito americano da década de 30.

Entende-se que não se trata de analisar se o nascimento de uma criança é o não um fato abençoado, tampouco se os pais desejam transferir ao Estado o poder familiar. O nascimento de uma criança não é o dano nesta situação. O dano é a lesão ao livre planejamento familiar e aos direitos reprodutivos, que compõem a autonomia reprodutiva. Por isso, é necessário reconduzir o juízo moralista ao juízo normativo para verificar que o que ocorre nestes casos é a falha na prestação de serviços por ausência de informação ou informação inadequada, o que viola o direito fundamental à autonomia reprodutiva.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Vitor. O direito ao planejamento familiar e as novas formas de parentalidade na legalidade constitucional. *Direito Civil: Estudos – Coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa – IBDCIVIL*, p. 422-423. São Paulo: Blucher, 2018.
- BANDT, Astrid. *UNFPA defende educação como prevenção da gravidez na adolescência*. Disponível em: <https://shorturl.at/oABE2>.
- BARBOZA, Heloísa Helena. Proteção da autonomia reprodutiva dos transexuais. *Revista Estudos Feministas*. Florianópolis: 20(2): 256, p. 549-558, maio/ago. 2012.
- BARBOZA, Heloísa Helena; ALMEIDA, Vitor. (Des)Igualdade de gênero: restrições à autonomia da mulher. *Pensar*, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 240-271, jan./abr. 2017.
- BATISTELA, Clarissa. *Família de menina impedida de abortar após estupro em SC cogita deixar cidade em que mora, diz advogada*. Disponível em: <https://shorturl.at/iky3p>.

- BATISTELA, Clarissa; VAZ, Ana. *Pesquisa revela que 48,7% das famílias são chefiadas por mulheres: 'Mãe empreendedora', diz moradora de SC*. Disponível em: <https://shorturl.at/defu4>.
- BRANDÃO, Elaine Reis. Tênuos direitos: sexualidade, contracepção e gênero no Brasil. *Anuário antropológico [online]*, v. 45, n. 2, 2020, p. 11-21. Disponível em: <http://journals.openedition.org/aa/5766>; DOI: <https://doi.org/10.4000/aa.5766>.
- CARNAÚBA, Daniel Amaral. Direito de não nascer: entendendo o acórdão Perruche. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://shorturl.at/wxS14>.
- CONJUR. *PGR apura se Damares tentou impedir aborto de menina vítima de estupro*. Disponível em: <https://shorturl.at/bptA9>.
- DANTAS, Eduardo. Revisitando a responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações: três décadas de evolução do conceito e seu impacto nas atividades de saúde. In: DOMENECH, Javier Barceló; MATOS, Filipe Miguel Albuquerque; PEREIRA, André Gonçalo; ROSENVALD, Nelson. *Responsabilidade civil em saúde: diálogos com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro*. Coimbra: Centro de Direito Biomédico, 2021.
- EISENBERG, Melvin A. *Overruling. In Legal Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2022.
- FRADERA, Vera Maria Jacob de. A responsabilidade civil dos médicos. *Arquivos do Conselho Federal de Medicina do Paraná*, v. 11, n. 41, jan./mar. 1994, 1994, p. 1-17. Disponível em: [https://www.crmpr.org.br/uploadAddress/41\[3359\].pdf](https://www.crmpr.org.br/uploadAddress/41[3359].pdf).
- GLEITMAN V. COSGROVE. *Justia Us Law*. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1967/49-n-j-22-0.html>.
- GODINHO, Adriano Marteleto. A responsabilidade civil dos profissionais de saúde pelo dano derivado do desrespeito à autonomia dos pacientes. *Migalhas de Responsabilidade Civil*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/383886/responsabilidade-pelo-dano-do-desrespeito-a-autonomia-dos-pacientes>.
- GODOY, Gabriel Gualano de. *Acórdão Perruche e o direito de não nascer*. Dissertação (Mestrado) apresentada ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Curitiba, 2007, p. 13. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/12026>.
- GRANT, Gilmore; KESSLER, Friedrich; KRONMAN, Anthony T.; LESSIG, Lawrence. Shaheen v. Knight. *Contracts: Cases and materials*, Resource 4. 1. 20. Disponível em: <https://opencasebook.org/casebooks/246-contracts-cases-and-materials/resources/4.1.20-shaheen-v-knight/>.
- HAQQ, Luke. The history of wrongful birth and the history of reproductive technologies. 24, *MINN. J. L. SCI & TECH*. 293 (2023). Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/mjlst/vol24/iss2/2>.
- HEATHCOTTE, Brock, Dietrich v. Inhabitants of Northampton [Brief] (1884). *Embryo Project Encyclopedia* (2008-05-09). ISSN: 1940-5030. Disponível em: <http://embryo.asu.edu/handle/10776/1782>.
- JANKOWSKI, Kathryn J. Wrongful Birth and Wrongful Life Actions Arising From Negligent Genetic Counseling: The Need for Legislation Supporting Reproductive Choice. *Fordham Urban Law Journal*, v. 17, n. 1, 1988, p. 45-46. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/ulj/vol17/iss1/2>.
- KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no Biodireito: o caso dos transexuais e dos wannabes. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 4, v. 15, p. 41-71, jul./set. 2003.
- LACROIX, Sumner J.; MARTIN, Linda G. Damages in Wrongful Pregnancy Tort Actions. In IRELAND, Thomas R.; WARD, John O. (Ed.). *Assessing Damages in injuries and deaths of minor children*. Tucson, Arizona: Lawyers & Judges Publ. Comp. L, 2002.
- MARQUES, Claudia Lima. Prefácio. In: BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- MOLINA, Aurelio. Parte II – Controle da fecundidade Laqueadura tubária: situação nacional, internacional e efeitos colaterais. In: GIFFIN, K., and COSTA, SH. (Org.). *Questões da saúde reprodutiva [online]*. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 1999.

- MURTAUGH, Michael, T. *Wrongful Birth: The Courts' Dilemma in Determining a Remedy for a Blessed Event*, 27 *Pace L. Rev.* 241, p. 243, 2007.
- PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Relação médico-paciente: o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- PRENATAL TORT. Legal Information Institute. *Cornell Law School*, 2023. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/prenatal_tort.
- RELATÓRIO DA ONU diz que 50% das gravidezes no mundo não são planejadas. *Nações Unidas. ONU News. Perspectiva Global. Reportagens Humanas*. Disponível em: <https://shorturl.at/IJQ78>.
- SILVA, Rafael Peteffi da Silva. *Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelo ordenamento brasileiro*. Disponível em: <https://shorturl.at/bhvyG>.
- TEMME, Laura. *Roe v. Wade Case Summary: What You Need to Know*. Disponível em: <https://shorturl.at/dCDMQ>.
- TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- THE STATE OF REPRODUCTIVE CHOICE. *State of World Population report 2023*.
- TJERJ. 1ª Vara de Fazenda Pública. Processo 0119945-90.2011.8.19.0001, p. 13.06.2013.
- TJERJ. 27ª Câmara Cível. Apelação Cível 0010907-33.2008.8.19.0007, p. 06.06.2014.
- TJERJ, 6ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível 0402901-77.2014.8.19.0001, p. 18.11.2020.
- VENTURA, Miriam. *Direitos Reprodutivos no Brasil*. 3. ed. Brasília, UNFPA – Fundo de População das Nações Unidas, 2009.
- VICK, Mariana. *Direitos reprodutivos: uma história de avanços e obstáculos. Jornal Nexa*. Disponível em: <https://shorturl.at/hmHY0>.
- ZHANG, Mark. "Turpin v. Sortini (1982)". *Embryo Project Encyclopedia* (2012-01-01). Disponível em: <http://embryo.asu.edu/handle/10776/2294>.

DANOS E TECNOLOGIA: ÚTEROS ARTIFICIAIS E NOVAS FRONTEIRAS AO PLANEJAMENTO FAMILIAR

Fernanda Paes Leme

Doutora em Direito Civil – UERJ (2016). Mestre em Direito Civil – UERJ (2011). Especialista em Direito Civil pela Veiga de Almeida (2009). Coordenadora da Graduação em Direito do Ibmec-RJ. Professora Titular de Direito Civil do Ibmec-RJ. Graduada em Direito pela Universidade Cândido Mendes – UCAM (2007). Professora de Direito Civil do Ibmec-RJ. Professora convidada nos cursos de especialização da PUC-Rio, EMERJ e CEPED/UERJ. Pesquisadora. Advogada OAB-RJ 151918. fernanda.rito@ibmec.edu.br.

Pedro Gueiros

Mestre em Direito Civil pela PUC-Rio. Integrante do Núcleo Legalite da PUC-Rio. Pesquisador em Direito e Tecnologia no Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS Rio). Graduado em Direito pelo Ibmec-RJ. Advogado Orientador do Núcleo de Prática Jurídica do Ibmec-RJ. pedro.gueiros@ibmec.edu.br.

Sumário: 1. Introdução – 2. Biotecnologia e reprodução humana assistida – 3. O avanço de úteros artificiais – 4. Planejamento familiar, autodeterminação e a perspectiva de danos – 5. Considerações finais – Referências.

1. INTRODUÇÃO

Os fascínios em torno do progresso técnico-científico parecem comumente estar atrelados à promoção do bem-estar e inovação. Mesmo diante de tantas aspirações positivas à vida em sociedade, devido à constante transformação e potenciais disruptivos, desafios éticos e regulatórios costumam estar de igual modo inerentes ao processo de expansão de novas formas de tecnologia. Ainda que legislação e tecnologia dificilmente avancem *pari passu*, os impactos na vida humana exigem constante atenção, em especial, de operadores do Direito. Afinal, não se pode perder de vista que a pessoa humana deve ser a principal destinatária de qualquer tecnologia idealizada.

Significa dizer que a tecnologia não é neutra. Como qualquer produto da atividade humana, ela precisa ser tutelada de maneira assertiva para que seus efeitos produzidos se coadunem com os propósitos inseridos sob um ordenamento jurídico solidário e democrático. Nessa perspectiva, é razoável questionar *se e como* a tecnologia já existente empregada para fins de reprodução humana assistida é condizente com os propósitos do ordenamento jurídico brasileiro, notadamente com a primazia da proteção da pessoa humana e da sua dignidade.