

Violação do dever de cuidado do médico e condenação em *wrongful actions*: o caso Evie Toombes

Roberta Marina CIOATTO*

RESUMO: Com frequência, surgem dentro do âmbito da responsabilidade civil discussões sobre reprodução humana e consequentes danos passíveis de indenização. Igualmente, sobre a relação médico-paciente. Em dezembro de 2021, a imprensa estrangeira noticiou o caso de Evie Toombes como inédito na Inglaterra sobre o assunto. Evie venceu ação judicial proposta contra o médico de sua mãe por ter negligenciado ao não aconselhá-la a suplementar sua dieta com ácido fólico anteriormente à gravidez. Como consequência, a filha nasceu com a espinha bífida e com as deficiências decorrentes de sua injusta vida ou indesejado nascimento. Se de outro modo houvesse acontecido, não teria sido concebida. Desse modo, qual a relação do caso Evie Toombes com as chamadas *wrongful actions*? Trata-se de estudo de caso, alinhado à pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Caso Evie Toombes; violação do dever de cuidado do médico; *wrongful actions*; *wrongful birth*; *wrongful life*.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. A decisão EWHC 3234; – 3. A decisão EWHC 3506; – 4. Considerações finais; – 5. Referências.

TITLE: *Breach of Doctor's Duty of Care and Conviction in Wrongful Actions: Evie Toombes Case*

ABSTRACT: *Discussions about human reproduction and consequent damages subject to indemnification often arise within the scope of civil liability. Also, about the doctor-patient relationship. In December 2021, the foreign press reported the case of Evie Toombes as unprecedented in England on the subject. Evie won the lawsuit filed against her mother's doctor for neglecting to advise her to supplement her diet with folic acid prior to pregnancy. As a result, the daughter was born with spina bifida and the disabilities resulting from her unfair life or unwanted birth. Had it happened otherwise, she would not have been conceived. So, what is the relationship between the Evie Toombes case and the so-called wrongful actions? This is a case study, aligned with the bibliographic research.*

KEYWORDS: *Evie Toombes case; breach of doctor's duty of care; wrongful actions; wrongful birth; wrongful life.*

CONTENTS: 1. Introduction; – 2. EWHC 3234 decision; – 3. EWHC 3506 decision; – 4. Final considerations; – 5. References.

1. Introdução

Evie Toombes, jovem inglesa de 20 anos, moradora de Skegness, em Lincolnshire, na Inglaterra, que vive com uma deficiência genética incapacitante permanente, demandou

* Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito com ênfase em Direitos Sociais e Políticas Públicas de Inclusão Social pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC/Brasil) e Mestre em Direito das Autarquias Locais pela Universidade do Minho (UMINHO/Portugal) regime de dupla titulação. Bacharel em Direito e Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade de Caxias do Sul (UCS/Brasil). Líder do Observatório em Saúde Pública e Patentes (OSPP). Professora de Direitos Humanos Fundamentais e Biodireito do Centro Universitário Paraíso - UniFAP - de Juazeiro do Norte, Ceará.

judicialmente o médico que aconselhou sua mãe para a gestação, sob o argumento de que nunca deveria ter nascido. Philip Mitchell não havia aconselhado sua progenitora a tomar suplementos de ácido fólico para a gravidez, o que teria minimizado as possibilidades de que a criança viesse a padecer de espinha bífida, como de fato ocorreu.

Quando do nascimento, Evie foi diagnosticada com lipomielomeningocele, um defeito do tubo neural da coluna que ocasiona o desenvolvimento inadequado dos ossos ao longo da medula espinhal. Devido a esta condição, também sofre de incontinência intestinal e urinária. Ela requer autocateterização frequente e é alimentada por sonda nasogástrica e nutrição parenteral através de uma linha Hickman.¹

A espinha bífida é uma condição em que a medula espinhal do bebê não se desenvolve durante a gestação. Isso pode acarretar uma outra condição, a hidrocefalia, que é o acúmulo de líquido dentro do cérebro, com um aumento excessivo do crânio e problemas de desenvolvimento. No Reino Unido, aproximadamente 1 em cada 1.000 bebês nascem com a condição. A maioria dos casos são detectados antes do nascimento, no exame de 20 semanas. A forma mais grave da doença é a mielomeningocele.²

Normalmente, antes da concepção e durante as primeiras 12 semanas de gestação, os médicos ingleses receitam 400 miligramas de ácido fólico. Entretanto, com uma dieta adequada, as gestantes poderiam registrar níveis saudáveis da então vitamina B9, que está presente em vegetais verdes, como brócolis. Com base em suas breves notas no prontuário, o médico assumiu que teria dado seu conselho padrão na época – que suplementos de ácido fólico eram opcionais para pacientes em dietas saudáveis. O assunto, embora abordado na consulta, não o teria sido adequadamente, segundo Caroline Toombes, mãe da autora.

Caroline afirmou que, se de outro modo tivesse ocorrido – se tivesse sido alertada sobre a necessidade de suplementação alimentar e sobre a gravidade das consequências de sua ausência, teria adiado a gestação até alcançar os níveis de ácido fólico considerados adequados no organismo. O casal, inclusive, teria se absterido de relações sexuais desde a

¹ THOMAS, Rick. Wrongful conception – the latest weapon in culling disability? *CMF Christian Medical Fellowship*, 10 jan. 2022. Disponível em: <https://cmfblog.org.uk/2022/01/10/wrongful-conception-the-latest-weapon-in-culling-disability/>. Acesso em: 18 mar. 2022.

² DOLLIMORE, Laurence. Spina bifida showjumper WINS landmark legal case over her 'wrongful conception': Evie Toombes, 20, who sued her mother's GP claiming she 'should never have been born' could win MILLIONS in damages. *MailOnline*, 01 dez. 2021. Disponível em: <https://www.dailymail.co.uk/news/article-10262911/Para-showjumper-sued-mothers-GP-claiming-never-born-wins-landmark-case.html>. Acesso em: 15 mar. 2022.

decisão até a primeira consulta ginecológica para concepção do primeiro filho. “Ela teria pausado seus planos de gravidez, iniciado um curso de tratamento de ácido fólico e, somente então, tentaria engravidar”.³ Ela teria, portanto, dado à luz uma criança geneticamente diferente de Evie – foi o alegado.

Em que pese a mobilidade reduzida, Evie não precisa de cadeira de rodas no momento. Pratica equitação⁴ quando não está no hospital em tratamento, e esperava classificar-se para os Jogos Paraolímpicos, segundo divulgado na imprensa.⁵ Além de competir no salto em exibição nacional e internacionalmente, ela educa crianças sobre doenças ocultas e trabalha com enfermeiras na Universidade de Nottingham. Em 2018, em um evento beneficente, ganhou o prêmio *Inspiration Young Person*.⁶ Como dizem, é uma jovem determinada a tirar o melhor da vida e a revidar contra as limitações impostas por sua incapacidade.

Em decisão considerada inédita no Reino Unido, a Alta Corte de Londres, em sentença da juíza Rosalind Coe, acolheu as argumentações da parte demandante. O caso regressará ao tribunal para que o valor total da indenização seja arbitrado, se as partes não chegarem a um acordo fora das instâncias judiciais.⁷

Cerca de 6% das crianças (0,8 milhões) no Reino Unido são deficientes, segundo estudo.⁸ Muitos tem a preocupação, agora, com o reconhecimento legal da noção de que certas vidas não valeriam a pena ser vividas e de ser injusta a concepção de uma criança

³ DAVIES, Katie. 'WRONGFUL CONCEPTION' Showjumping star, 20, sues mum's doctor claiming she should never have been BORN in landmark case. *The Sun*, 24 nov. 2021. Disponível em: <https://www.thesun.co.uk/news/16832221/showjumping-star-sues-mums-doctor-wrongful-conception/>. Acesso em: 14 mar. 2022.

⁴ DAVIES, Katie. 'WRONGFUL CONCEPTION' Showjumping star, 20, sues mum's doctor claiming she should never have been BORN in landmark case. *The Sun*, 24 nov. 2021. Disponível em: <https://www.thesun.co.uk/news/16832221/showjumping-star-sues-mums-doctor-wrongful-conception/>. Acesso em: 14 mar. 2022.

⁵ UNA JOVEN Una joven le inició una demanda millonaria al médico de su madre por permitir que naciera. *La Nación*, 04 dez. 2021. Disponível em: <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/una-joven-le-inicio-una-demanda-millonaria-al-medico-de-su-madre-por-permitir-que-naciera-nido4122021/>. Acesso em: 14 mar. 2022.

⁶ DAVIES, Katie. 'WRONGFUL CONCEPTION' Showjumping star, 20, sues mum's doctor claiming she should never have been BORN in landmark case. *The Sun*, 24 nov. 2021. Disponível em: <https://www.thesun.co.uk/news/16832221/showjumping-star-sues-mums-doctor-wrongful-conception/>. Acesso em: 14 mar. 2022.

⁷ JOVEN QUE processou o médico da mãe "por ter nascido danificada" ganha caso em tribunal. *Nascer do Sol*, 01 dez. 2021. Disponível em: <https://sol.sapo.pt/artigo/754723/jovem-que-processou-o-medico-da-mae-por-ter-nascido-danificada-ganha-caso-em-tribunal>. Acesso em: 14 mar. 2022.

⁸ CLAY, Simons et. al. *Family Resources Survey*. DWP Department of Work and Pensions. June 2012. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/222839/frs_2010_11_report.pdf. Acesso em: 18 mar. 2022.

deficiente. Por extensão, injusto também poderia vir a ser entendido permitir o nascimento desta criança.⁹

Outras preocupações ainda surgiram sobre as implicações deste julgamento e sobre os possíveis efeitos negativos na relação médico-paciente afetando a confiança e aumentando a tendência para uma medicina cada vez mais defensiva. Tal poderia acontecer com a redação de registros de modo a prevenir futuros litígios em tempo que poderia ser mais bem dedicado ao paciente.

Médicos e organizações representativas uniram-se em apoio ao Dr. Philip Mitchell,¹⁰ com muitos médicos juniores sugerindo que esse julgamento os torna menos propensos a escolher a clínica geral como uma opção de carreira. Os já estabelecidos disseram que isso fortaleceu sua intenção de se aposentar mais cedo. Em ambos os casos, piorando a crise em uma profissão com significativa escassez de mão-de-obra.¹¹

2. A decisão EWHC 3234¹²

Evie Toombes nasceu em novembro de 2001, tendo sido diagnosticada com lipomielomeningocele (LMM), uma forma de defeito do tubo neural. Ela foi submetida a descolamento da medula espinhal em março de 2003, aos 16 meses de idade. Faz uso de autocateterismo intermitente. Tem infecções urinárias frequentes. Sofre de incontinência intestinal e constipação e, como consequência, um distúrbio gastrointestinal, incluindo gastroparesia que causa vômitos e náuseas. Ela é alimentada por sonda nasogástrica.

Mas, apesar de suas deficiências significativas, das consequentes restrições à sua saída de casa e do planejamento e da preparação que envolve qualquer de suas atividades,

⁹ THOMAS, Rick. Wrongful conception – the latest weapon in culling disability? *CMF Christian Medical Fellowship*, 10 jan. 2022. Disponível em: <https://cmfblog.org.uk/2022/01/10/wrongful-conception-the-latest-weapon-in-culling-disability/>. Acesso em: 18 mar. 2022.

¹⁰ ROSE, Neil. Doctors up in arms over ‘pre-conception negligence’ ruling. *Legal Futures*, 20 dez. 2021. Disponível em: <https://www.legalfutures.co.uk/latest-news/doctors-up-in-arms-over-pre-conception-negligence-ruling>. Acesso em: 15 mar. 2022.

¹¹ THOMAS, Rick. Wrongful conception – the latest weapon in culling disability? *CMF Christian Medical Fellowship*, 10 jan. 2022. Disponível em: <https://cmfblog.org.uk/2022/01/10/wrongful-conception-the-latest-weapon-in-culling-disability/>. Acesso em: 18 mar. 2022.

¹² UNITED KINGDOM. IN THE HIGH COURT OF JUSTICE. QUEEN'S BENCH DIVISION. Royal Courts of Justice. Neutral Citation Number: [2021] EWHC 3234 (QB). Case N°: QB-2019-001503. *Toombes v. Mitchell*. Date: 01/12/2021. Disponível em: <https://1f2ca7mxjow42e65q49871m1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2021/12/Toombes-v-Mitchell-Approved-Judgment.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2022.

reconhece a juíza Rosalind Coe, considerando a página da web e a conta do Twitter da demandante, é evidente que Evie Toombes é uma jovem admirável.

A demanda é por danos decorrentes da alegada negligência do clínico geral Dr. Philip Mitchell, médico de uma clínica em que sua mãe era paciente, em uma consulta pré-concepção. Em outras circunstâncias, a demandante não teria nascido, mas uma criança geneticamente diferente, concebida mais tarde, teria nascido sem defeito no tubo neural ou outra anomalia – como de fato veio assim a nascer seu irmão. Trata-se de uma ação por direito próprio, em oposição a uma ação por nascimento trazida por seus pais.

O caso pleiteado tem origem no fato de que a prestação do aconselhamento correto à genitora da demandante teria resultado em um atraso na sua concepção. Não havia indicação de que a demandante pudesse ter um defeito do tubo neural antes de seu nascimento, porque a forma particular de espinha bífida que ela tem era oculta, ou seja, fechada.

Em contestação, o demandado alegou que o pedido pleiteado não apresentava fundamento jurídico porque, ao argumentar que não deveria ter nascido, a autora estava, na verdade, apresentando uma alegação de vida injusta.¹³ *Wrongful life*, e não *wrognful birth*.

Embora uma concepção adiada teria sido de um indivíduo geneticamente diferente, o tribunal considerou em uma audiência anterior que, no balanço de probabilidades, uma concepção posterior teria sido de um indivíduo normal e saudável, e que a lei prevê que a requerente tinha o direito de prosseguir com seu pedido de indenização por ter nascido em seu estado. Na sua sentença EWHC 3506, de 21 de dezembro de 2020, a magistrada Lambert declarou que os elementos necessários na Seção 1 da Lei de Deficiências Congênitas de 1976 haviam sido estabelecidos e que, portanto, a autora tinha um pedido legal de indenização por danos pessoais decorrentes de sua deficiência.

Em que pese a defesa levantar questões de nexo de causalidade com a premissa de que a ingestão preconcebida de ácido fólico não previne necessariamente defeitos do tubo neural e que, ao contrário das formas mais comuns de espinha bífida, a incidência de

¹³ This claim is pursued by the claimant in her own right as opposed to an action for wrongful birth brought by her parents. The pleaded case is that the provision of the correct advice to Mrs Toombes would have resulted in a delay in conception of the claimant. By his original defense, the defendant contended that the pleaded claim showed no cause of action in law because, in arguing that she should not have been born, the claimant was, in fact, putting forward a “wrongful life” claim.

LMM não seria reduzida por suplementos de ácido fólico na gravidez, a causalidade por este ângulo pareceu não estar em questão na audiência.

No julgamento, ateve-se a magistrada Rosalind Coe apenas a questões de responsabilidade, quais foram, violação de dever e nexo de causalidade, tomando como matéria a decidir: 1) o conselho dado na consulta; 2) se esse conselho foi negligente ou não; 3) se a senhora Toombes poderia estar grávida à data da consulta; e 4) o que a genitora da autora teria feito se tivesse recebido o conselho correto, ou seja, se teria retardado a concepção. Tomou em consideração, ainda, caber à demandante o ônus de provar o alegado.

A título de breves antecedentes, referiu que o casal refletia muito sobre o melhor momento para começar uma família, e que a senhora Toombes fazia uso de pílula anticoncepcional oral por vários anos. Quando da decisão, não iniciou uma nova cartela de pílulas anticoncepcionais e marcou um encontro para ver seu clínico geral para aconselhamento pré-concepcional. Decidiram abster-se de qualquer relação sexual até depois da consulta médica. Por ter perdido ambos os pais quando era jovem e diante do sonho de ter a sua própria família, a primeira gravidez foi muito desejada e planejada pela mãe da requerente. A própria razão da consulta pré-concepção foi para saber tudo o que lhe seria recomendado fazer para garantir um bebê saudável. Nestas circunstâncias, a senhora Toombes não estava grávida no momento da consulta com o Dr. Mitchell, considerou a juíza.

A mãe queria perguntar ao médico se havia alguma coisa que deveria ou não fazer para auxiliar a concepção e também quando seria seguro tentar uma gravidez depois de ter tomado a pílula por vários anos. Ela também perguntou sobre o ácido fólico, sendo que o médico lhe assegurou que ter tomado a pílula não a colocava em risco e que, se ela tivesse uma dieta saudável, incluindo cereais e pão (que eram uma parte importante de sua dieta na época) não seria necessário tomar suplementos. Ela havia perguntado ao réu sobre o ácido fólico porque se lembrava vendo algo em algum lugar sobre ácido fólico e gravidez e tinha uma vaga lembrança que era importante na gestação, mas não sabia por quê. Da consulta, ela se lembrou de ter sido informada sobre não fumar ou beber. Depois disso, ela engravidou quase imediatamente.

Disse ainda que parou de beber álcool e reduziu sua ingestão de caféina, evitando também a prática de esqui. Em contato com uma parteira, foi aconselhada a tomar suplementos de ácido fólico e fê-lo imediatamente que lhe foi recomendado. Isso

coincidiu com o fato de que sua cunhada, que também estava grávida, ter-lhe dito que havia sido aconselhada a tomar ácido fólico.

O British National Formulary e o Practical General Practice Publication deixam claro que o ácido fólico deve ser iniciado antes da concepção e na preparação para a gravidez, mas não há prazo referido em nenhuma das recomendações. Não há efeito adverso de tomar mais ácido fólico, mesmo se a dieta de uma pessoa é rica em vitamina B9. Em depoimento, o requerido confirmou que não a teria aconselhado a adiar a tentativa de conceber. Tal conselho não estaria de acordo com a orientação aplicável no momento.

A carta do Sindicato de Defesa Médica e Odontológica da Escócia diz que o tubo neural fecha entre 21 e 28 dias após a concepção. Os níveis de ácido fólico levam três semanas para atingir níveis estáveis na mãe, sendo claro que os efeitos de níveis de ácido fólico na maternidade do feto são relacionados à dose e afetados pelo estado pré-suplementação da mulher, embora o consenso geral seja de que a suplementação precisa ser iniciada antes da gravidez.¹⁴

Para a magistrada, restou claro tratar-se de matéria de fato, e suas conclusões dependeram de sua avaliação do depoimento das testemunhas ouvidas. Reconheceu, ainda, inadequados os registros médicos. Estes, conforme a decisão, não eram tão confiáveis como teriam sido se as notas fossem completas, delas constando mais informações do que breves referências. Considerou, ao final, ser evidente que se a genitora tivesse sido aconselhada a tomar ácido fólico, ela o teria feito. A senhora Toombes tomou suplementos de ácido fólico por 3 meses antes de conceber o segundo filho, que nasceu sadio.

Caroline Toombes procurava ativamente conselhos sobre o que deveria fazer para garantir uma gravidez saudável e um bebê sadio. Se ela tivesse recebido o conselho correto do Dr. Mitchell, teria tomado sua própria decisão com base nesse conselho e estabelecido sua suplementação de ácido fólico antes de engravidar, esperando até que tivesse completado um programa apropriado de ácido fólico pré-concepção. Se ela tivesse recebido os conselhos recomendados corretos, ela teria adiado as tentativas de conceber. Os registros médicos foram considerados inadequados e, o aconselhamento,

¹⁴ The letter of response from the Medical and Dental Defence Union of Scotland sent on behalf of the defendant dated 1 May 2007 states (p.12). “The neural tube closes between 21-28 days post conception. Folic acid levels take three weeks to reach stable levels in the mother. It is clear that the effect of maternal levels of folic acid on the fetus is both dose related and affected by the woman’s pre-supplementation folate status although the general consensus is that supplementation needs to be started before pregnancy”.

aquém do recomendado pelas práticas da época. Nas circunstâncias, teria havido uma concepção posterior que teria resultado em uma criança normal e saudável. Portanto, decidiu-se pela procedência da reivindicação da autora.

3. A decisão EWHC 3506 ¹⁵

Como referido, a demandante alegou que a causa de sua deficiência física é a falha de sua mãe em ter tomado ácido fólico antes de sua concepção, o que ocorreu, por sua vez, devido a negligente aconselhamento do demandado. Diante de suas alegações, ela nunca deveria ter sido concebida, sendo sua deficiência e incapacidades devidas a isso. Trouxe sua reivindicação em relação à sua própria concepção e nascimento errados: *wrongful conception and birth*.

A questão, submetida a este julgamento liminar pela juíza Lambert, era saber se, com base nesses fatos, existe uma causa de pedir legal. Os fatos incluem que, exceto pelo descumprimento do dever, a requerente não teria sido concebida. Portanto, o requerido afirmou tratar-se de um pedido em que a lesão alegada não é a deficiência, mas o fato da existência em si. Ademais, não poderia ser devido à requerente um dever de diligência para evitar que ela viesse à existência. E, mesmo que o Parlamento alterasse a lei para permitir uma reclamação por vida injusta e dar efeito retroativo à legislação aplicável, não é uma reclamação em que os danos seriam reembolsáveis.

Tratar-se-ia, assim, de ação de *wrongful life*, termo cunhado nos Estados Unidos Unidos e adotado pela Law Commission em seu Relatório sobre Danos a Nascituros - Report on Injuries to Unborn Children (Law Com. N° 60). Deste modo, o pedido estaria expressamente excluído pelas disposições da Lei de Deficiências Congênitas de 1976 - Congenital Disabilities (Civil Liability) que deu efeito às recomendações da Law Commission.

Sobre o relatório da Law Commission, o impulso teriam sido os acontecimentos em decorrência da talidomida, conforme referido pela juíza em sua decisão. Os Termos de Referência limitavam-se então à responsabilidade por lesão pré-natal, com foco no ato ilícito mediante prova de culpa, ou na responsabilidade objetiva dentro do campo do

¹⁵ UNITED KINGDOM. IN THE HIGH COURT OF JUSTICE. QUEEN'S BENCH DIVISION. Royal Courts of Justice. Neutral Citation Number: [2020] EWHC 3506 (QB). Case N°: QB-2019-001503. *Toombes v. Mitchell*. Date: 21/12/2020. Disponível em: <https://medicalnegligencenow.files.wordpress.com/2021/09/toombes-v-mitchell-2020-ewhc-3506-qb-21-december-2020.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2022.

direito civil. Reconheceu-se que o tema levantava questões de considerável importância e dificuldade social. Para tanto, o processo de consulta incluía membros como profissionais médicos de diferentes disciplinas, associações de mulheres, seguradoras e clero.

Com base no julgamento da Corte de Apelação em *McKay v. Essex Area Health Authority*, de 1982, o requerido sustentou que o pedido não teria sido reconhecido nem mesmo antes da introdução da lei de julho de 1976. Em *McKay*, o tribunal anulou a reclamação apresentada por uma criança, nascida com deficiências consequentes da infecção de sua mãe com rubéola durante a gravidez, que alegara a violação do dever para a não interrupção da gravidez. O tribunal observou, segundo afirmou, que após a entrada em vigor da lei, não existe dúvida de que tal causa de pedir não levanta nenhum ponto de importância pública geral.

Já a requerente afirmou que o pedido não é de *wrongful life*. Explicou que enquanto as ações por vida injusta no sentido estrito do conceito são excluídas nos termos da lei, sua reivindicação não corresponde àquelas. Seu pedido enquadrar-se-ia diretamente dentro do escopo da lei que permite a indenização por crianças nascidas com deficiência como consequência de negligência que afete a um dos pais na sua capacidade de ter um filho saudável. *Wrongful life* restringe-se a atos ilícitos ou a omissões após a concepção, e para os quais a gravidez teria sido interrompida. Os casos de *wrongful life* seriam casos de aborto distintos dos casos em que se alega que, não fosse a negligência, a criança não teria sido concebida.

Segue que, se não fosse a violação do dever de cuidado do médico para com sua paciente, a requerente não haveria sido concebida e não haveria nascido, o que reflete o nexo de causalidade. Sua mãe não a teria concebido, teria adiado a concepção para um momento posterior e, portanto, um irmão que não a requerente teria sido concebido e teria nascido.¹⁶ Este irmão, uma pessoa geneticamente diferente, não teria sofrido de um defeito do tubo neural, como de fato aconteceu depois.

O caráter jurídico correto da causa de pedir é em respeito da vida injusta ou indesejada ou pelos danos causados à vida no útero em razão da violação do dever do médico? É repugnante à lei afirmar que a autora tem causa de pedir em circunstâncias em que o

¹⁶“[...] she was wrongly conceived and born and that her damage and disability is due to this. Her claim is that her mother would not have conceived her, that her mother would have attempted conception at a later point in time and hence that a sibling, not the Claimant, would have been conceived and born [...]”.

aconselhamento correto teria resultado na concepção de um indivíduo diferente? E, em caso afirmativo, os princípios jurídicos atuais podem ser alargados para permitir a propositura de uma ação por parte da requerente em seu próprio direito de indenização por danos materiais sofridos em razão do descumprimento do dever do requerido? Estas foram as indagações colocadas pela magistrada.

Quanto à lei em referência, esta se aplica a nascimentos após, mas não antes, de sua entrada em vigor. O primeiro problema enfrentado por sua comissão jurídica relatora teria surgido do *status* ou da inexistência de reclamante no momento da negligência. O requerente, em tal caso, não teria nenhuma existência no momento da lesão, nem qualquer existência separada de sua mãe. Inobstante, a lesão pré-natal pode acontecer antes da concepção. Deste modo, os comissários do Relatório recomendaram que, apesar da dificuldade, e na medida do possível, as reivindicações por lesão pré-natal deveriam ser igualadas às reivindicações por lesões infligidas após o nascimento. Os relatores abordaram o problema, extrai-se da sequência da leitura da decisão, determinando que a responsabilidade por danos pré-natais sustentados pela criança há de ser derivada do dever devido à progenitora, condicionando-se à exigência do nascimento com vida.

Para efeitos do presente caso, a magistrada considerou suficiente notar que aplicando os princípios tradicionais da lei de responsabilidade civil, nenhuma causa de ação poderia surgir até que o dano tivesse sido infligido. Ademais, a própria mãe poderia restar sem danos acionáveis, uma vez que pode não ser fisicamente afetada pelo ato ou pela omissão invocada. Observando o efeito da talidomida na mãe grávida, lembrou a juíza, a própria genitora pode se beneficiar do ato ou omissão. Nestas circunstâncias, a mãe não pode sustentar uma causa de pedir em seu próprio direito.

Outro problema identificado teria sido o de saber se uma ocorrência a causar lesão pré-natal acontecendo antes da concepção deve, em qualquer circunstância, fundamentar a responsabilidade. Exemplifica-se, no Relatório, com fatos ou situações em que algo acontecendo com os pais de uma criança antes de sua concepção poderia ocasionar o nascimento com deficiência.

Os exemplos refletem o estado da ciência médica conhecida em 1974, dentre os quais sífilis congênita causada por transfusão de sangue contaminado dada negligentemente à mãe antes da concepção; e a ineficácia e prejudicialidade ao feto do uso da pílula anticoncepcional. Portanto, existiam situações em que a lesão pré-natal poderia ser causada por um evento ocorrido antes da concepção. A exceção seria o conhecimento dos

pais, nesse momento, da existência do risco de que a criança nascida da relação sexual fosse deficiente, quebrando-se, assim, a cadeia de causalidade que liga o ato ou omissão dolosa e a lesão.

Ainda segundo o Relatório, retira-se da decisão, os relatores consideraram as ações por vida injusta, arguindo se uma criança deve ter o direito de ação quando a alegação é essencialmente de que sofreu danos por ter nascido e que teria sido melhor não ter nascido. Concluíram que uma ação por vida injusta no sentido estrito da expressão não deve ser permitida. Para justificá-la seria necessário supor que teria sido melhor que a criança nunca tivesse existido. Em adição, qualquer indenização por danos envolveria uma comparação entre a inexistência e o estado incapacitante. Além disso, diante de tal causa de ação, os médicos poderiam aconselhar abortos em casos duvidosos, por medo de ações de indenização, em absoluta contrariedade às políticas públicas vigentes.

Os relatores distinguiram ainda tais ações de outros casos que não seriam efetivamente de vida injusta, ambos variantes sobre os fatos do caso americano *Williams v. State of New York*, de 1966. Como resultado de negligência hospitalar, uma paciente tinha engravidado de estupro. Em *Williams*, a criança processou o hospital pelo estigma de ilegitimidade, e a ação foi julgada improcedente porque a ilegitimidade não era uma lesão. No entanto, se o estuprador fosse sífilítico, talvez a alegação poderia ter avançado. No segundo exemplo, um homem que sofre de sífilis teve relações sexuais com uma mulher sem lhe dizer estar infectado. Nestes casos, a criança pode reivindicar indenização, e os danos hão de ser avaliados em comparação com a criança como ela teria sido se não sofresse da deficiência.

Para a juíza inglesa do caso em estudo, a distinção feita pela Law Commission entre aqueles exemplos de vida injusta no sentido estrito do termo e essas situações derivadas de *Williams* era relevante para a questão preliminar que lhe competia julgar. Tanto nos exemplos como na ação de *Evie*, tais reivindicações não são casos de *wrongful life*, mas reivindicações por danos pessoais, devendo haver indenização para a criança limitada às perdas adicionais decorrentes da incapacidade.

O caso *McKay v. Essex Area Health Authority* foi decidido após a entrada em vigor da lei, mas como o nascimento do requerente era anterior, aquele tribunal estava preocupado com a posição antecedente. O infante nasceu deficiente como resultado de uma infecção de rubéola sofrida por sua mãe durante a gravidez. Ajuizou ação alegando que se a mãe tivesse sido informada do risco de que sua gravidez fosse afetada por rubéola, teria

interrompido a gestação. Em tais circunstâncias, os danos sofridos pela criança não resultaram da negligência do médico, mas da rubéola.

Em grau de recurso, o tribunal considerou que havia dois obstáculos principais à reclamação. Uma objeção à permissão de uma reivindicação que era inconsistente com o conceito de santidade da vida humana e outra objeção à impossibilidade de avaliação dos danos. A Corte concluiu que a reclamação era pelo direito de não nascer deformado ou, em outras palavras, pelo direito de ter sido abortado, e recusou-se a impor ao médico um dever de tirar a vida. Decidir de modo diverso significaria considerar a vida de uma criança deficiente menos valiosa do que a vida de uma outra. Outrossim, a compensação teria de basear-se numa comparação entre o valor da inexistência da qual privou-se a criança e o valor de sua existência em um estado de deficiência. Em prosseguimento, os magistrados referiram a contrariedade do pedido ao entendimento da sociedade e às políticas públicas correspondentes.

A autora concordou que McKay tinha sido corretamente decidido, e que uma reclamação apresentada por uma criança afirmando que, não fosse a negligência, sua mãe teria interrompido a gravidez, não é uma reivindicação válida e que tal afirmação corresponde a uma ação por vida injusta. No entanto, *wrongful life* limita-se a ocorrências durante a gravidez, afirma. Ainda, em não sendo aceita a sua restrição de ações por vida injusta, dever-se-ia concluir pela improbabilidade de que o caso McKay fosse decidido de maneira semelhante agora.

“Os tempos mudaram e as atitudes populares em relação ao aborto também. Não há a mesma repugnância em relação ao aborto como prevaleceu em 1982” (tradução nossa, s.p.), devendo ainda haver uma reavaliação proporcional de questões sob os padrões contemporâneos. Refletindo mudança na abordagem de reivindicações, destacou a alteração da lei acrescentando a seção que permite a indenização de danos por requerente que tenha sofrido deficiência resultante de ato ou omissão no curso de seleção, ou a manutenção ou uso fora do corpo, do embrião carregado pela mãe para fins de tratamento de infertilidade.

Já a defesa sustentou que, embora não se trate de um caso em que se alega que a requerente teria sido abortada, afirma-se que nunca teria sido concebida. Nunca poderia ter nascido, uma vez que não fosse pela negligência, uma criança geneticamente diferente teria sido concebida após decorrido o tempo para a suplementação de ácido fólico. Esta alegação, portanto, levanta a mesma política e objeções legais como aquelas em McKay,

afirmou. De qualquer modo, não há relação causal entre as lesões da requerente e o ato ilícito porque, exceto por esse ato ilícito, ela nunca teria sido concebida. Igualmente, levantou a questão sobre as dificuldades com a quantificação de danos, por envolver o imponderável existencial do valor da não existência.

Em apoio, o requerido citou reclamação criminal apresentada por criança deficiente que era produto de estupro incestuoso de sua mãe por seu avô materno, sendo que suas deficiências eram consequência da consanguinidade. Aqui, a Corte considerou que o bebê não havia sido concebido na época do crime de violência e que apenas a mãe poderia ser vítima de crime conforme definido. Dado que o requerente, neste caso, não havia sido concebido no momento do crime, os danos seriam impossíveis de avaliar. Reconheceu-se no caso existência ilícita, e não lesão pessoal, não se conhecendo da ação.

Enfim, para a magistrada, a deficiência de Evie Toombes resultou das circunstâncias de sua concepção que ocorreu por deficiência de ácido fólico de sua mãe. Com base nos fatos, todos os três elementos exigidos pela lei estão presentes: ato ilícito (conselho negligente) levando a uma ocorrência (relação sexual em estado de carência de ácido fólico) que resultou em uma criança nascida com deficiência em razão disso.

A respeito da quantificação de danos, desde que tal reclamação seja para danos pessoais decorrentes da deficiência da criança, há de ser avaliada de acordo com os princípios convencionais, pois a responsabilidade por lesões pré-natais deve, sempre que possível, ser equiparada a pedidos de indenização pelos princípios que regem a responsabilidade para danos pessoais infligidos após o nascimento.

Embora não aceite necessariamente que as verdadeiras reivindicações de vida injusta são restritas a casos de aborto, para a juíza esta é uma distinção semântica sem significado no presente contexto. O fato, escreveu, é que o Tribunal em McKay não estava abordando a questão que surge neste caso ao que diz respeito a uma ocorrência pré-concepcional. Portanto, considerou ter a requerente um pedido legal de indenização por danos pessoais por lesão decorrente de sua deficiência e, em julgamento da questão liminar, decidiu a favor da parte autora da ação.

5. Considerações finais

Nas *wrongful actions*, a conduta que enseja indenização por dano é a conduta médica. Três são as suas espécies: *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*, muito

embora alguns diferenciem apenas *wrongful birth* e *wrongful life*. Uma das magistradas no caso em estudo, inclusive, referiu-se a *wrongful conception and birth*.

Nos casos *wrongful conception*, ocorre a concepção indesejada, e a conduta a ser considerada é a falha durante a realização de procedimento esterilizador ou contraceptivo, levando-se em consideração as taxas de eficácia do método utilizado. Nas *wrongful birth* e *wrongful life*, a conduta relevante é a omissão médica, como a falta de informações ou erro no diagnóstico durante exames de pré-natal ou testes genéticos. Em caso de *wrongful life*, considera-se a vida como o próprio dano, e a ação é proposta pela própria criança e não por sua genitora.

Aqui, a parte autora da ação não existiria no momento da lesão, nem teria qualquer existência separada de sua mãe. Inobstante, é fato que lesões pré-natal pode acontecer antes da concepção. Deste modo, as reivindicações deveriam ser igualadas àquelas por lesões infligidas após o nascimento, condicionando-se à exigência do nascimento com vida. Por derradeiro, nenhuma causa de pedir pode surgir até que o dano tenha sido causado.

Entretanto, uma *wrongful life action* no sentido estrito da expressão não deve ser permitida, uma vez que para justificá-la seria necessário supor que teria sido melhor que a criança nunca tivesse existido. Para tanto, qualquer indenização por danos envolveria uma comparação entre a inexistência e o estado incapacitante. Igualmente, diante de ações como estas, os médicos, por medo de sofrer ações de indenização, poderiam aconselhar abortos, em contrariedade às políticas públicas existentes.

Ocorre que outros casos de vida injusta poderiam existir sem corresponder, exatamente, ao sentido estrito do termo *wrongful life*. Tratar-se-iam de casos como o de Evie Toombes, em que as reivindicações não são casos de *wrongful life*, mas por danos pessoais, devendo haver indenização para a criança limitada às perdas adicionais decorrentes da incapacidade que teve como causa uma violação do dever de cuidado do médico.

6. Referências

CLAY, Simons et. al. *Family Resources Survey*. DWP Department of Work and Pensions. June 2012. Disponível em: <<https://assets.publishing.service.gov.uk/>>. Acesso em: 18 mar. 2022.
DAVIES, Katie. 'WRONGFUL CONCEPTION' Showjumping star, 20, sues mum's doctor claiming she should never have been BORN in landmark case. *The Sun*, 24 nov. 2021. Disponível em: <<https://www.thesun.co.uk/>>. Acesso em: 14 mar. 2022.

DOLLIMORE, Laurence. Spina bifida showjumper WINS landmark legal case over her 'wrongful conception': Evie Toombes, 20, who sued her mother's GP claiming she 'should never have been born' could win MILLIONS in damages. *MailOnline*, 01 dez. 2021. Disponível em: <<https://www.dailymail.co.uk/>>. Acesso em: 15 mar. 2022.

JOVEM QUE processou o médico da mãe "por ter nascido danificada" ganha caso em tribunal. *Nascer do Sol*, 01 dez. 2021. Disponível em: <<https://sol.sapo.pt/>>. Acesso em: 14 mar. 2022.

ROSE, Neil. Doctors up in arms over 'pre-conception negligence' ruling. *Legal Futures*, 20 dez. 2021. Disponível em: <<https://www.legalfutures.co.uk/>>. Acesso em: 15 mar. 2022.

THOMAS, Rick. Wrongful conception – the latest weapon in culling disability? *CMF Christian Medical Fellowship*, 10 jan. 2022. Disponível em: <<https://cmfblog.org.uk/>>. Acesso em: 18 mar. 2022.

UNA JOVEN le inició una demanda millonaria al médico de su madre por permitir que naciera. *La Nación*, 04 dez. 2021. Disponível em: <<https://www.lanacion.com.ar/>>. Acesso em: 14 mar. 2022.

UNITED KINGDOM. IN THE HIGH COURT OF JUSTICE. QUEEN'S BENCH DIVISION. Royal Courts of Justice. Neutral Citation Number: [2021] EWHC 3234 (QB). Case N°: QB-2019-001503. *Toombes v. Mitchell*. Date: 01/12/2021. Disponível em: <<https://1f2ca7mxjow42e65q49871m1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2021/12/Toombes-v-Mitchell-Approved-Judgment.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2022.

UNITED KINGDOM. IN THE HIGH COURT OF JUSTICE. QUEEN'S BENCH DIVISION. Royal Courts of Justice. Neutral Citation Number: [2020] EWHC 3506 (QB). Case N°: QB-2019-001503. *Toombes v. Mitchell*. Date: 21/12/2020. Disponível em: <<https://medicalnegligencenow.files.wordpress.com/2021/09/toombes-v-mitchell-2020-ewhc-3506-qb-21-december-2020.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2022.

Como citar:

CIOATTO, Roberta Marina. Violação do dever de cuidado do médico e condenação em *wrongful actions*: o caso Evie Toombes. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 11, n. 2, 2022. Disponível em: <<http://civilistica.com/violacao-do-dever-de-cuidado/>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:
20.3.2022