

WRONGFUL LIFE: O DIREITO DE NÃO NASCER OU A PREVALÊNCIA DA VIDA NUA?

Fabio Hifumi Kusaba BARBOSA ¹
Ana Laura Teixeira Martelli THEODORO ²

RESUMO: Buscou-se demonstrar, através de uma abordagem conceitual, as noções das expressões: “vida, dignidade da pessoa humana, vida nua, vida digna, não nascer”, confrontados com o direito de não nascer ou a prevalência da vida nua, desvendando a própria essência do objeto posto em análise e suas mudanças trazidas aos demais institutos do direito nacional e internacional.

Palavras-chave: Vida; Dignidade da pessoa humana; Vida nua; Vida digna; Não nascer; Direito de não nascer.

1 INTRODUÇÃO

Antes de nos aprofundarmos na análise do tema se faz necessário esclarecer alguns conceitos importantes que perdurarão por todo o trabalho. A conceituação das palavras-chave é de suma importância, uma vez que tais conceitos serão debatidos no Direito de Não Nascer.

No direito contemporâneo muito se tem discutido acerca do Direito de Não Nascer, oriundo da década de 90 na França, e com outros nomes nos demais ordenamentos jurídicos, por exemplo, nos Estados Unidos o instituto é tratado como Wrongful.

O Direito de Não Nascer trouxe em seu bojo expressões não pacíficas de conceituação, pois debater questões sobre a vida, vida digna, dignidade da pessoa humana, demonstram diversos posicionamentos, alguns, inclusive divergentes.

Findo a parte introdutória passaremos a conceituação das expressões de suma importância e com uma vasta gama de posicionamentos, tentando trazer os

¹ Discente do 5º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. fabinhokb44@gmail.com

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Mestre em pelas Faculdades..... e-mail@..... Orientadora do trabalho.

mais diversos conceitos nas mais diversas áreas do conhecimento e relacioná-los com o tema em questão.

Os métodos a serem utilizados são o dedutivo, o dialético e o histórico. Utilizando o método dedutivo, serão apreciados os entendimentos dos tribunais e assim tirar conclusões a partir das teses e entendimentos que pode se ter a partir de determinados casos já analisados. O método dialético será utilizado para, partindo de uma hipótese estruturada, contrapor-lhe a realidade e o ideal para que não haja a problemática do objeto em questão. O método histórico auxiliará na análise das mudanças que foram ocorrendo na sociedade no que se referem ao surgimento dos chamados novos direitos abordando em especial o direito de não nascer, mostrando o que o direito de não nascer trouxe pelo decurso do tempo com sua evolução, evidenciando a importância de se debater questões novas e polêmicas para a construção de nosso ordenamento jurídico.

2 QUESTÕES CONCEITUAIS

Primeiramente, conceituaremos a expressão “vida” nas suas mais diversas concepções, buscando seus conceitos nas mais distintas áreas do conhecimento.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, consagra em seu art. 5º, o Direito a Vida, sendo ela um direito fundamental inviolável, trazendo raríssimas exceções em que a vida poderia ser disposta, sendo que tais hipóteses se restringem a gravidez que coloca em risco a saúde da gestante, e que portanto o aborto seria a única forma eficaz de evitar um mal maior, e a gravidez que resulta do estupro, nesta última o legislador, ainda que de forma inconsciente, preferiu proteger e preservar a saúde mental, psicológica da mulher em detrimento da vida, de uma vida que poderia ser digna de ser vivida.

Assim dispõe o art. 5º:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

Em uma primeira análise podemos entender “vida” como sendo o início de tudo, ou seja, a gestação de um novo ser, o adquirir direitos, a concepção do espaço tempo entre a concepção e a morte, a condição de não morte, é um processo contínuo de relacionamentos.

Segundo o dicionário online Aurélio (sp.), a vida pode ser conceituada da seguinte forma: “O período de tempo que decorre desde o nascimento até a morte dos seres”.

Por esta análise conceitual, vemos a “vida” como sendo uma etapa inerente ao nascimento de um novo ser, perdurando por toda a sua fase, ou seja, nascer, crescer, reproduzir e, por fim, morrer. Sendo um desencadear de uma fase a qual todos os seres humanos, logicamente, tendem a passar.

Segundo Lorena Verli (2016, sp.), podemos extrair pelo menos quatro linhas de pensamento, mais relevantes, acerca do começo da vida. Sendo elas: linha do pensamento da fecundação, fixação do óvulo no útero, formação do sistema nervoso e pronto para sobreviver.

Seguindo a linha do pensamento da fecundação o começo da vida se dá após 12 e 48 horas da relação sexual, momento em que o espermatozóide penetra no óvulo.

De outro modo, na linha do pensamento da fixação do óvulo no útero a vida começa entre o sétimo e décimo dia da gestação, momento em que o embrião encontra-se nas paredes do útero, lugar aonde irá se desenvolver nos próximos nove meses.

Por outro lado, na linha do pensamento da formação do sistema nervoso o início da vida seria por volta do décimo quarto dia após a fecundação do espermatozóide com o óvulo, tornando-se o óvulo um blastocisto e as células começariam a se desenvolver, dando origem aos sistemas que compõe o ser humano, tais como o digestivo e o nervoso.

Por fim, uma quarta linha de pensamento que acredita no começo da vida quando o embrião estivesse pronto para sobreviver, ou seja, para os adeptos

desta linha de pensamento a vida inicia-se quando o embrião já tem todos os seus órgãos minimamente desenvolvidos, o que possibilitaria sua vida fora do útero.

Apesar de o Brasil ser um país laico, ou seja, um país sem uma religião oficial, aceitando e respeitando as mais diversas formas de religiosidade, ainda sofre grande influência da Igreja Católica, do catolicismo, sendo esta considerada a religião com um maior número de adeptos, mesmo sofrendo quedas nos últimos anos. No ano de 2010, último levantamento feito pelo IBGE o número de católicos romanos correspondia a 65% da população brasileira, enquanto que a segunda religião com mais adeptos, ou seja, os evangélicos pentecostais ou neopentecostais correspondiam a 13,4%.

Diante disso, um dos adeptos da linha do pensamento da fecundação é a Igreja Católica, catolicismo, que contempla o início da vida com a fecundação, portanto, sendo contra o aborto e toda e qualquer forma de manipulação genética, em que a vida seria um “dom divino.”

Incontestável que a ciência desde os seus primórdios vem contribuindo na conceituação de grandes temas e auxiliando na construção do conceito mais próximo do aceitável e com isso auxilia na construção jurídica acerca do tema.

Segundo Antonio Vasconcelos Sampaio (2009, sp.), em uma visão neurológica a ciência se valeu do princípio da morte para conceituar a vida, ou seja, usando por analogia que a morte se dá pelo fim das atividades neurocerebrais, a vida por outro lado, se daria com o início das atividades neurocerebrais.

O direito americano, baseado no common law, ou seja, o direito construído com base no posicionamento dos Tribunais, se mostra um ordenamento jurídico mais desenvolvido que o brasileiro quando discutimos questões sobre a vida e o aborto.

A Suprema Corte Americana segue a linha do pensamento que para determinarmos o início da vida precisamos observar a capacidade do feto de sobreviver fora do útero e que o faz um ser independente. Adotando esse posicionamento, a Suprema Corte Americana se mostrou favorável ao aborto.

A Suprema Corte de New Jersey inclusive revolucionou o direito americano com o caso *Gleitman vs Cosgrove*, em que trouxe as expressões *Wrongful life* e *Wrongful birth*, no caso em questão os pais de Jeffrey propuseram uma ação pelo fato de seu filho ter nascido deficiente e o médico ter se quedado inerte a respeito, porém a Suprema Corte foi muito além do pedido formulado pelos

pais de Jeffrey, discutindo que o processo não dependia que Jeffrey nasceu com deficiência, ao invés de ter nascido sem ela, mas pelo simples fato que Jeffrey não deveria ter nascido. Surge o início da discussão acerca da vida nua, vida digna e prevalência de uma vida nua.

Diante todo o exposto, chegar a um conceito sobre vida parece impossível, porque esse debate é influenciado por valores religiosos, políticos e morais.

Depois de uma análise breve e sucinta, trazendo os mais diversos conceitos acerca do tema “vida” e do momento de seu início, passaremos agora para a análise das expressões “vida digna” e “dignidade da pessoa humana”, relacionando-as.

A conceituação da expressão “dignidade humana” não é algo que surgiu na contemporaneidade, mas sim em um debate que segue ao longo das décadas, desde os primórdios do direito.

O nascimento da “dignidade da pessoa humana” foi logo após a Segunda Guerra Mundial, onde valores e princípios estavam distorcidos, a vida não tinha o status a qual tem hoje, direitos sequer existiam, prevalecia no período da Guerra um mundo sombrio e nebuloso, na qual ideologias extremadas conduziam a sociedade para um verdadeiro caos.

A “dignidade da pessoa humana” surge então como um valor indispensável para a instauração de um Estado Democrático de Direito. Neste sentido, constituições ao redor do mundo passaram a consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana como uma forma de proteger as gerações futuras e repudiar toda a neblina vivida no período de Guerra.

Segundo Rizzatto Nunes (2009, p. 48), a Constituição da Alemanha Ocidental pós-guerra, trouxe em seu artigo inicial a seguinte afirmação: “A dignidade humana é intangível. Respeitá-la, e protegê-la é a obrigação de todo poder público.”

Destaca-se que, a Alemanha entendeu que o período vivido por ideologias extremadas, como foi o nazismo, deve ficar no passado e verificou-se a importância de conscientizar e preservar a dignidade da pessoa humana cabendo ao poder Estatal garantir tal direito fundamental e inerente a todo e qualquer ser humano.

As primeiras cartas constitucionais brasileiras não vinham em seu corpo à expressão dignidade da pessoa humana, somente na Constituição brasileira de 1934, no contexto de seu art. 115º, previu: “a todos existência digna.”

A partir da Constituição Federal de 1988, que traz características marcantes na proteção dos direitos fundamentais, que teve como escopo uma árdua luta num cenário de pós-ditadura militar e abertura política, mostrou-se o sentimento de proteção de seus cidadãos e de garantias fundamentais a eles asseguradas.

Visto as questões introdutórias acerca do nascimento da dignidade da pessoa humana em um contexto mundial, observa-se que a sua exata conceituação é um trabalho árduo e dificultoso, uma vez que se trata de um assunto de grande amplitude e complexidade no cenário mundial.

Portanto, em linhas gerais, podemos conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana como sendo um valor moral e espiritual inerente a toda pessoa, sem distinção de cor, raça ou etnia, que dele se extrai o ponto máximo de um estado democrático de direito. Assim sendo, nos dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 62), conceitua dignidade da pessoa humana:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Tal princípio da dignidade da pessoa humana pode ser considerado como um embrião ou uma matriz geradora de outros tantos princípios que rodeiam o nosso ordenamento jurídico, tendo amplitude inclusive internacional. Graças aos valores nele contidos podemos extrair tantos outros princípios de proteção aos direitos individuais, por exemplo, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que foi instituído pela Lei 13.146 de 06 de Julho de 2015, que baseado no princípio maior da dignidade da pessoa

humana trouxe direitos e garantias individuais as pessoas com deficiência para um tratamento mais igualitário na sociedade em que vivemos.

O direito a vida digna sofreu mudanças em seu paradigma ao longo dos tempos. A vida deixou apenas de ser o simples fato de “respirar”, passando a atribuir a ela outras discussões quanto a sua qualidade e dignidade. Eis que surge a expressão “vida digna”, “vida digna de ser vivida.” E como corolário desta nova visão acerca da vida surge o direito a morrer com dignidade e até mesmo o próprio direito de não nascer, ou seja, o simples fato da prevalência de uma vida que possa ser considerada nua ou inviável de ser vivida nasce à possibilidade de não se querer viver uma vida que não poderia ser, na sua aceção mais aceita, completa.

A vida é um valor inerente ao homem, e dentro de sua amplitude podemos tirar expressões como “vida digna.” A partir do momento em que atribuímos valor a “vida” nasce um caráter associativo de pessoas, sendo a dependência de um para com os outros por várias necessidades, por exemplo, os cuidados da mãe para com seu filho recém-nascido.

Tem-se que a “vida digna”, o viver dignamente ou com dignidade deve ser entendido na mais vasta concepção da palavra, ou seja, deve ser entendidas como aquela vida em que o indivíduo poderá usufruir de todos os seus direitos, liberdades e garantias, aquela em que o indivíduo será aceito e conviverá livremente na sociedade em que vive, sem ter que passar por nenhuma restrição que possa interromper totalmente o seu viver.

Neste viés, não se pode apenas querer proteger a vida humana a todo e qualquer custo, prolongando a vida por meio de aparelhos tecnológicos ou quaisquer outros meios.

Em um Estado Democrático de Direito onde o foco principal é a proteção do indivíduo e de suas garantias individuais, permitir que uma vida indigna exista, negligenciando a vida digna é antes de qualquer coisa, trazer para o indivíduo uma gama enorme de sofrimentos desnecessários a ele próprio e a todos os seus familiares.

Portanto, aceitar uma “vida digna” é ao mesmo tempo estar em conformidade com a vida e proteger uma garantia do ser humano em optar por viver ou morrer. Assim, a vida prolongada só poderia ser exigível e passível de aceitação se oferecesse algum benefício à pessoa, ou seja, fazer um sobrepeso dos

benefícios que o prolongamento traria sem, contudo, esquecer do viver dignamente e do morrer dignamente.

E mais, não seria admissível que o direito a vida, constitucionalmente garantido por nossa Magna Carta e por ordenamentos esparsos, que conta com exclusiva proteção de convenções e tratados internacionais, se torne um dever de sofrimento, ou seja, um dever viver.

Conclui-se que a vida digna deve ser analisada sob duas perspectivas: a vida em sua própria acepção e o direito de optar, não restando configurada a dignidade, mas tão somente a vida nua, de preferir morrer dignamente. Ademais, o Direito não deve apenas prevalecer o posicionamento de um em detrimento do outro, mas tão somente, buscar a unicidade de ambos.

Neste entrever, surge o direito de não nascer trazendo em sua base as expressões acima conceituadas, reforçando a ideia de que a prevalência de uma vida nua, ou seja, não restando presentes a vida digna, se mostra infrutífera e não preferível de ser vivida.

Assim, nasce o direito a não querer nascer, porém, acima de tudo isso podemos ainda considerar o morrer dignamente ou morrer com dignidade, não sendo o indivíduo obrigado a sentir as dores de uma vida injusta por simples imposição legal.

Neste contexto, diversas jurisprudências ao redor do mundo passaram a olhar para o direito de não nascer e passaram a indenizar indivíduos que nasceram com problemas de saúde em virtude de erros médicos ou por decorrência genética.

Surge em meados da década de 90 na França o início do que posteriormente seria conhecido como o direito a não nascer revolucionando o direito trazendo as expressões vida injusta, prevalência da vida nua.

O famoso caso Nicholas Perruche foi uma ação proposta pelos seus pais contra o médico devido ao erro por ele cometido no diagnóstico da criança fazendo com que, devido a um diagnóstico equivocado, a mãe de Nicholas deu a luz a seu filho que apresentou todas as manifestações da Síndrome de Gregg, doença esta que provoca graves distúrbios neurológicos, surdez bilateral, retinopatia, ausência de visão no olho direito, glaucoma e doenças cardíacas.

Por conta deste cenário nítido de vida indigna, o Tribunal de Cassação da França condenou o médico por este gravíssimo erro por ele cometido no seu

diagnóstico prévio que não previu a possibilidade de Nicholas nascer com tal síndrome.

O presente caso foi o escopo inicial para toda uma discussão acerca da vida e de sua proteção em contraponto com a vida que seria digna de ser vivida, o que no presente caso não se demonstrou verdade. Estamos diante de dois posicionamentos opostos, de um lado os defensores da bioética e que, portanto defendem a proteção absoluta da vida e, de outro lado aqueles que defendem a qualidade da vida, ou seja, a vida que merece ser vivida cabendo ao próprio indivíduo a sua escolha.

Uma das questões debatidas no caso Nicholas Perruche foi o fato de o médico ter privado a mãe de decidir sobre a continuidade ou não da gestação, uma vez que com a colheita do material genético torna-se quase que nítido descobrir as chances da criança nascer com alguma síndrome ou deficiência.

Observa-se, portanto que no presente caso duas violações ocorreram: uma que pelo erro médico impossibilitou a mãe de decidir sobre a continuidade ou não da gestação e outra que uma vez que deu a luz a seu filho, as dores causadas ao seu nascimento superam e são desmedidas, impossibilitando que tais dores fossem evitadas e de ter uma morte digna.

A expressão vida injusta deriva de outra expressão que surgiu no direito americano às chamadas *wrongful life*, tal expressão tem ganhado forte repercussão pela Europa e pelos Estados Unidos. As ações propostas por *wrongful life* baseiam-se no fato de erros médicos que ocasionaram o nascimento de uma criança deficiente, com anomalias graves, doenças que traduzem uma vida injusta.

Assim, demonstra Vera Lúcia (2010, p.62):

Neste caso poderão os pais da criança apresentar dois pedidos de indenização: um em seu nome próprio, pelo danos que advêm da circunstância de ter um filho com animalidade tão gravosas (mas nesse caso estaremos perante um processo de *wrongful birth*); outro em nome da própria criança, pelo facto de esta ter nascido com semelhante doença ou anomalia (a *wrongful life* propriamente dita).

Ainda de acordo com Vera Lúcia (2010, p. 61-62), a questão do direito de não nascer pode ser assim explanada:

As wrongful life actions surgem quando uma criança nasce mal-formada e pretende reagir contra quem deu azo ao nascimento, ainda que não tenha provocado directamente a malformação. As acções de wrongful life são sempre interpostas pela criança (ou por outrem em seu nome, dado que muitas vezes falamos de um menor e/ou incapaz) nascida nestas condições, e podem dirigir-se contra os médicos e instituição hospitalar e mesmo – sendo esta a hipótese mais controvertida – contra os pais.

Conclui-se que as wrongful life actions e as wrongful birth actions surgem do direito de não nascer, sendo que estas se diferem das primeiras no que tange ao indivíduo a ser indenizado. Enquanto as wrongful life são interpostas em nome da criança que sofreu as dores do nascimento, as wrongful birth são interpostas pelos pais pelo fato de terem um filho com condições de anormalidade tão gravosas.

Além disso, segundo Vera Lúcia (2010, p. 67 e 68), o direito americano trouxe alguns julgados acerca das wrongful actions, um dos casos julgados pela Suprema Corte da Califórnia foi o caso *Curlener vs Bio-Science Laboratories*, em que uma criança portadora da doença de Tay-Sachs, doença esta que causa uma deterioração progressiva das células nervosas e de habilidades físicas e mentais, a qual começa nos primeiros meses de vida e geralmente resulta em morte em torno dos quatro anos de idade, e seus pais acionaram o laboratório que foi procurado para realizar exames acerca da possibilidade da criança nascer ou não com a referida doença. Portanto, pelo fato do laboratório ter emitido um juízo negativo a Suprema Corte da Califórnia decidiu por condenar o laboratório pela criança efetivamente ter nascido avaliando o seu direito de ser ressarcida pelos danos que sofreu.

Outro caso emblemático do direito americano se deu em meados da década de 60, sendo inclusive anterior ao próprio direito de não nascer oriundo da década de 90 na França. O caso *Gleitman vs Cosgrove* se deu por um erro médico ao diagnosticar uma deficiência do feto, ocasionando o seu nascimento. Sendo assim, os pais de Jeffrey Robert Gleitman entraram com uma ação de Wrongful life em nome de seu filho perante a Suprema Corte de New Jersey. A aludida Corte então decidiu que o processo movido pelos pais de Jeffrey não dependia do fato de Jeffrey ter nascido com deficiência em vez de ter nascido sem ela, mas sim do fato de que Jeffrey simplesmente não deveria ter nascido. Em outras palavras, Jeffrey

figurou como o autor, ainda que por representação, de uma ação que considerou danosa a conduta do médico que teria impedido sua mãe de abortá-lo.

O Brasil ainda caminha a passos lentos quando o assunto é o direito de não nascer, pois em um país que tem a vida como um de seus princípios fundamentais e norteadores de seu sistema se mostra quase que inconciliável se pensar nas teorias de nascimento injusto e vida injusta e no conseqüente direito a não nascer.

Um dos pressupostos de nosso ordenamento jurídico para que a pessoa possa exercer seus direitos e deveres é a própria existência do ser, ou seja, é a própria vida, sendo assim fica impensável imaginar alguém exercendo direitos sem ao menos ter adquirido personalidade ou que representantes seus decidam sobre sua vida, sem ao menos o maior interessado ter a capacidade de decidir sobre seu futuro.

Segundo este raciocínio, é ilógico pensar na mãe decidindo em nome de seu filho que ainda não nasceu que sua vida é injusta e, portanto preferindo que então que ele não tenha nem nascido. Ora, o direito brasileiro não trouxe ainda os conceitos de vida injusta, vida indigna, vida nua, para nosso ordenamento só a vida merece proteção e qualquer violação ou atentado contra a vida merece uma reprimenda maior.

Tanto é assim que nosso Código Penal (Decreto-Lei nº 2848/40) criminaliza condutas que atentem contra a vida dos indivíduos que sequer nasceram tais condutas incriminadoras estão dispostas nos arts. 124 a 128. Percebe-se nítida proteção a vida em nosso ordenamento tanto na nossa Magna Carta quanto nas Legislações esparsas.

Porém, esse entendimento de proteção máxima da vida mostrou-se flexível ao Supremo Tribunal Federal, a mais alta Corte de nosso ordenamento jurídico, julgar em 12 de Abril de 2012 a ADPF nº 54 (Arguição de descumprimento de preceito fundamental), ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), por maioria de seus votos, que teve como relator o Ministro Marco Aurélio, a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal.

Na presente ADPF foi discutido que o feto anencéfalo, ou seja, aquele que possui uma má formação rara no tubo neural, caso nasça sobreviveria por

pouquíssimas horas e num sopesar de valores entendeu-se que a sua vida não poderia ser preservada a todo custo em detrimento dos direitos básicos da mulher garantidos na Constituição, sendo eles: dignidade da pessoa humana, a saúde e a integridade física e psicológica da mãe.

Nesse sentido, destacou o posicionamento do Ministro-relator Marco Aurélio, que nos seus dizeres: “A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher.”

Ainda segundo o Ministro-relator: “Cabe à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez.”

Neste mesmo diapasão o Ministro-relator ainda sustentou: “... No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível. O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura.”

Podemos concluir pelos dizeres do Ministro-relator que não há de se falar em direito a vida quando se trata de uma vida sem potencial, ou seja, de uma morte segura, e que, portanto não poderíamos colocá-la em jogo contra os direitos da mulher.

Assim, o julgamento da questão trouxe novas perspectivas acerca da problemática do tema em nosso ordenamento jurídico abrindo possibilidades de se pensar em um direito a não nascer e as questões atinentes a vida injusta ou inviável de ser vivida, não na acepção em que foi criada, mas valendo-se de seus preceitos norteadores criarem a possibilidade de expandir a legalização do aborto.

O nosso ordenamento jurídico penal possibilitou a legalização do aborto sobre duas vertentes: o aborto necessário ou terapêutico, disposto no art. 128, I, do Código Penal, em que se permitiu o aborto quando presentes dois requisitos: a vida da gestante corra perigo de vida em razão da gravidez e não exista outro meio para salvar sua vida.

Em uma primeira análise mostra-se nítido o sopesar de valores neste inciso I, do art. 128 do Código Penal, uma vez que o legislador preferiu preservar uma vida já existente e em potencial em detrimento de uma futura vida que poderia vir a nascer, que, no entanto, colocaria em risco a vida em potencial da mulher. Em outras palavras a vida digna foi colocada em jogo com uma vida futura, que poderia ou não ser digna também.

Outra hipótese de legalização do aborto prevista em nosso ordenamento jurídico encontra-se disposta no inciso II, do art. 128, do Código Penal, em que se permitiu o chamado aborto humanitário, sentimental, ético ou piedoso, presentes tais requisitos: o aborto deverá ser praticado por médico, deverá existir o consentimento válido da gestante ou de seu responsável legal (nos casos de incapaz) e que a gravidez resulte de estupro.

Percebe-se que nesse inciso II, do art. 128, do Código Penal, o legislador optou por preservar a integridade física, psicológica e moral da mulher, direitos garantidos constitucionalmente, em detrimento de uma possível vida viável advinda de uma grave violação ao direito da mulher de se autodeterminar e escolher o pai de seu filho.

Portanto, atualmente há em nosso sistema duas possibilidades legalmente aceitas, sendo uma jurisprudencial, em que tornou-se a supremacia da vida menos rígida em detrimento de outros direitos e garantias fundamentais previamente estabelecidos em nossa Magna Carta: as hipóteses legais do aborto previstas no Código Penal, art. 128, e a possibilidade de abortar o feto anencéfalo pelo julgamento do Supremo Tribunal Federal da ADPF nº 54.

3 CONCLUSÃO

Portanto, diante da exposição conceitual do tema foi possível compreender brevemente que o direito de não nascer e as expressões vida digna, dignidade da pessoa humana, vida nua tornaram-se palco de grandes discussões ao longo do tempo e que repercutem até hoje no mundo contemporâneo. A partir da breve exposição do assunto é possível trazer uma conclusão a seu respeito.

O direito de não nascer, que tem seu palco de maior atuação nos países da Europa e nos Estados Unidos, trouxe as wrongful actions que buscam a indenização aos pais e a própria criança pelos erros médicos cometidos que levaram ao nascimento de uma vida totalmente inviável de ser vivida, trazendo não só prejuízos de ordem psicológica, física e moral para a mãe e seus familiares que suportaram a dor de ter um filho com uma doença grave, mas também pelo fato do

próprio nascimento dessa criança que, segundo alguns, não deveriam nem mesmo ter nascida, evitando assim, as dores de um nascimento injusto.

A sua aplicabilidade em nosso ordenamento jurídico se mostra problemática uma vez que prevalece a supremacia da à proteção da vida, instituto fundamental e norteador de todo nosso sistema garantido pela nossa Constituição. E não há de se pensar no exercício de direitos de não nascer, uma vez que a própria existência do ser se faz necessário para que ele adquira direitos e garantias fundamentais, sendo ilógico imaginar o exercício de um direito sem ao menos ter adquirido personalidade e capacidade livre de escolha.

Porém, o Brasil se mostra indiferente apenas no tocante as questões que envolvam o direito de não nascer, justamente devido aos parâmetros legislativos nacionais, no entanto, é mister saber que os erros médicos ou atitudes que causem algum dano ao feto, poderá o prejudicado requerer indenização, tal entendimento é perfeitamente passível na doutrina.

Por sua vez, o ordenamento jurídico brasileiro não pode se manter inerte diante das questões advindas ao direito de não nascer, devendo mudar os seus parâmetros e se adequar a nova crise do direito contemporâneo.

Por fim, conclui-se que o direito de não nascer trouxe uma nova perspectiva de vida até então não discutida, levando em consideração não apenas o simples fato do direito de nascer e, por conseguinte viver, mas de nascer dignamente, de desfrutar de uma vida saudável e passível de ser vivida e não de suportar as dores de uma vida injusta. Na contemporaneidade há outros valores fundamentais além da vida e que devem ser respeitados e protegidos, cabendo ao legislador se adequar as novas facetas do direito atual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CAMARGO, Caroline Leite de e JUNIOR, Teófilo Marcelo Leão Arêa. Teoria do “direito de não nascer” e a sua aplicação no direito civil brasileiro. **PublicaDireito**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1eff77814e0b3238>>. Acesso em: 19/04/2017

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

IBGE: Censo demográfico 2010. **Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência**. Rio de Janeiro: IBGE, 2012. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_Religiao_Deficiencia/caracteristicas_religiao_deficiencia.pdf>. Acesso em: 01/05/2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARTA, Taís Nader e KUMAGAI, Cibele. Princípio da dignidade da pessoa humana. **Âmbito-Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7830>. Acesso em: 18/04/2017

NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência**. rev. e ampl. 2. ed São Paulo: Saraiva, 2009.

RAPOSO, Vera Lúcia. As wrongactions no início da vida (wrongfulconception, wrongfulbirth e wrongfullife) e a responsabilidade médica. **Revista Portuguesa do Dano Corporal**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.n. 21, 2010. p. 61-99. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10316.2/4210>>. Acesso em: 19/04/2017.

SAMPAIO, Antonio Vasconcelos. A vida para o Direito. **Direitonet**. 21 ago 2009. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5211/A-vida-para-o-Direito>>. Acesso em: 17/04/2017

SANTO, André Mendes Espírito. Eutanásia e vida digna: uma questão de direitos humanos. **Âmbito-Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1025>. Acesso em: 18/04/2017

VERLI, Lorena. Quando começa a vida? **Mundo Estranho**. 18 abr 2011, 18h34 - Atualizado em 19 ago 2016, 17h50. Disponível em: <<http://mundoestranho.abril.com.br/ciencia/quando-comeca-a-vida>>. Acesso em: 17/04/2017

VIDA. In: DICIONÁRIO AURELIO. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/vida>>. Acesso em: 17/04/2017

WUNSCH, Guilherme. O direito de não nascer e as fronteiras entre os conceitos de pessoa e vida no caso Nicolas Perruche. **Empório do Direito**. 16/11/2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/o-direito-de-nao-nascer-e-as-fronteiras-entre-os-conceitos-de-pessoa-e-vida-no-caso-nicolas-perruche-por-guilherme-wunsch/>>. Acesso em: 19/04/2017