TEORIA DO “DIREITO DE NÃO NASCER” E A SUA APLICAÇÃO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

THEORY OF "RIGHT NOT BORN" AND ITS APPLICATION IN CIVIL LAW BRAZILIAN

Caroline Leite de Camargo[1]
Teófilo Marcelo Leão Arêa Júnior[2]

RESUMO
Diversas são as teorias produzidas pelas Supremas Cortes ao longo do mundo para melhor aplicar o direito e tentar trazer a dignidade humana para todas as pessoas. Embora ainda pouco tratada no direito brasileiro, a teoria do direito de não nascer, oriunda da França na década de 90**,** desecadeou inovações, críticas e um novo olhar para o direito à vida no mundo. Outras teorias**,** como a do nascimento injusto e da vida injusta também serão tratadas, embora de forma breve, no presente resumo, assim como sugere-se a possibilidade de se aplicar uma ou algumas dessas teorias no direito brasileiro.

ABSTRACT
There are several theories produced by Supreme Courts throughout the world to better apply the law and try to bring human dignity for all people. Although still little addressed in Brazilian law, legal theory not born, originated in France in the 90s, caused brought about innovations, criticism and a new look to the right to life in the world. Other theories, such as the birth of the unfair and unjust life are also covered, albeit briefly, in this summary as well as suggest the possibility of applying one or some of these theories in Brazilian law.

Palavras-chave: Dignidade humana, direito de não nascer, direito à vida.

Keywords: human dignity, the right to be born, the right to life

INTRODUÇÃO

O direito**,** assim como a sociedade, evolui; entretanto, nem sempre o primeiro consegue acompanhar as necessidades da segunda. Não raro**,** os Tribunais atuam de forma a atualizar a lei com decisões inéditas após **análise exaustiva do** caso concreto.

No Brasil, assim como na grande maioria dos países ao redor do mundo, prioriza o direito à vida e a preservação e manutenção da dignidade humana, almejando impedir que ocorra o aborto, ressalvadas hipóteses taxativas elencadas pela lei, tal como a de anencefalia

[1] Mestranda em Teoria do Direito e do Estado pelo Univem/Marília (2012). Professora e diretora executiva no ITL Educação Profissional.
[2] Vice-coordenador do Mestrado (2013), Professor do Mestrado (2012), Professor da Graduação (1999) e Graduado (1996) no UNIVEM (Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha de Marília-SP), mestre pela PUC (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2001) e doutor pela ITE (Instituição Toledo de Ensino de Bauru em 2012). Advoga desde 1996.

(ADPF 54). No presente trabalho, será analisada a possibilidade de aplicação da teoria do direito de não nascer em face ao princípio da dignidade humana e o da proteção da vida, elencados pelo Texto Maior. Para tanto se fará uso do método dedutivo-indutivo, sob o enfoque de bibliografia nacional e estrangeira.

O que pode significar, para os nossos juízes e tribunais, o aprofundado estudo da teoria do direito de não nascer ou daquelas outras como a do nascimento injusto e da vida injusta? Poderão esses julgadores ultrapassar princípios e normas afirmadas na Constituição de 1988 quanto ao direito à vida e fazerem valer, por exemplo, com sentimentos próprios de justiça e valor, porventura alinhados a tais teorias? Essas foram algumas questões iniciais que incitaram os autores do presente trabalho.

Na tentativa de encontrar soluções, veio à baila o raciocínio no sentido de que os juízes não devem fixar pontos de inflexão em seus julgados. No exercício dessa nobre função, o papel deles é questionar e mudar, sempre que necessário, para evolução do direito, ainda que deparem com dificuldade nos confrontos com o modelo posto. Porém, há ou não limites para avanços? O que se dirá quanto aos modelos de índoles constitucionais e os dados como cláusulas pétreas? São inalteráveis? Em outros termos, contra eles há ou não liberdade para ir adiante? Precisa-se sempre que se verifique o elemento desencadeador de um certo grau de questionamento, instigando-se a refletir quanto à matéria a ser enfrentada.

PRIMAZIA PELA VIDA NO BRASIL E O DIREITO DE NÃO NASCER

A atual Constituição Brasileira traz logo em seu primeiro artigo, inciso III, ser um dos fundamentos do Estado a proteção à dignidade humana.

Para se proteger a vida, pune-se no país técnicas abortivas ou mesmo a eutanásia e o homicídio tendo em vista que sem vida não há falar em proteção de nenhum outro direito. Santos (2000, p. 15) acredita que ao se falar em direito à vida envolve-se o direito à integridade física e corporal, moral, ou seja o direito de existir. E, do mesmo modo, por extensão, se referido o direito **à** dignidade humana.

Durante a II Guerra Mundial, de acordo com Novais (2009, p. 69), houve a coisificação do ser humano, a edição de leis separatistas tornou-se comum e o Estado era o principal elemento violador da vida e da dignidade humanas. Embora muitas pessoas entendam como sinônimos, os direitos fundamentais e os direitos humanos possuem diferenças, o primeiro se destina à manutenção e emancipação do ser humano, regido que é pelo direito constitucional positivado por cada Estado; enquanto os direitos humanos são reconhecidos em tratados no plano internacional.

Diversos os julgados ao redor do mundo que visualizaram o direito de alguém ser indenizado por haver nascido com problemas de saúde em virtude de erros dos genitores ou dos médicos. Dentre tantos, o caso mais famoso data da década de 90 do século passado, na França, no qual a Corte de Cassação reconheceu o direito dos pais serem indenizados por terem tido um filho com problemas de saúde, pois não terem sido informados de doenças que o bebê possuía, o que inviabilizou o aborto dele. Daí, Nicolas Perruche, uma criança, foi indenizado por ter nascido com problemas de saúde.

Wrongful life, também conhecida como *vida injusta***,** surgiu a partir do reconhecimento**,** pela Corte Francesa**,** do direito de não nascer, chegando-se a esse julgamento ante a abertura da possibilidade de propositura da ação por vida injusta (COSTA, 2012, p. 22).

No caso citado, datado da década de 90**,** os responsáveis por uma criança nascida com sérios problemas de saúde intentaram em nome dela uma ação judicial visando à obtenção de indenização em virtude de os pais não terem sido informados acerca de suas enfermidades, não ensejando o abortamento.

Diversas correntes de opinião pairam a respeito de tal tema, ainda pouco difundido no Brasil, até mesmo pelo fato de o país não aceitar o aborto eugênico, salvo em caso de risco de vida para a gestante, conforme preceitua o artigo 128 do Código Penal.

Embora a gravidez seja algo natural dos seres vivos, incluindo os seres humanos, na Europa e nos Estados Unidos já existem ações de *wrongful life*, ou seja, as demandas judiciais que reivindicam a responsabilização de profissionais da saúde pela não notificação aos pais de problemas com o embrião já implantado ou em vias de o ser, ou mesmo problemas que deveriam ter sido diagnosticados, mas não o foram, que **se** tivesse sido informado, ter-se-ia evitado o nascimento de pessoas com algum problema sério de saúde.

No Brasil, conforme dito**,** tais medidas ainda não podem ser realizadas**,** uma vez que a interrupção de gestação pode ser realizada apenas nas hipóteses descritas no artigo 128 do Código Penal ou em virtude de anencefalia, conforme decisão em 2012 pelo Supremo Tribunal Federal.

É relevante que haja o diagnóstico e o tratamento de doenças antes ou depois do nascimento e, caso não seja viável a gestação, que ela seja interrompida, porém a vida e a dignidade devem estar acima de qualquer procedimento de intervenção humana, que caso excessivo ou cause ainda mais dado ao nascituro ou indivíduo, o profissional ou mesmo os pais devem ser responsabilizados.

Wrongful birth actions ou ação de nascimento injusto é um tipo de ação judicial que pode ser proposta pelos pais em virtude de não terem sido informados acerca de doenças

graves que o feto possuía, sendo eles privados do direito de abortar ou mesmo de terem uma criança saudável, enquanto que a ação de *wrongful life* é proposta no nome do menor, privado de uma vida saudável, fadado a conviver com doenças e limitações (RAPOSO, 2010, p. 63-64).

Assim, por meio de tal medida é possível que os pais possam requerer o reconhecimento judicial do direito a uma indenização, seja por danos materiais, seja por danos morais, com opção de cumularem esses pedidos, em virtude do nascimento de um filho com problemas graves de saúde, que deveriam ter sido diagnosticados ou mesmo os pais informados durante o período de gestação para que, caso entendessem necessário, decidissem os pais pela interrupção da gravidez.

Conforme Elias (2005, p. 09), há, no Brasil, o direito de nascer e não o direito de não nascer, uma vez que se pune o aborto criminoso, e bem por isso a vida deve ser mantida.

A expressão *Wrongful conception actions* estende a ação judicial aos casos em que os pais são privados do direito constitucionalmente garantido, qual seja**,** o do planejamento familiar por circunst**â**ncias alheias a sua vontade, como no caso de um procedimento de esterilização que não funcionou ou mesmo um método contraceptivo que não foi eficaz, como na aplicação de um anticoncepcional.

Conclui-se, portanto, que os pais podem ser indenizados em virtude de falha nos meios contraceptivos e tal medida judicial já foi inclusive aceita no Brasil**;** entretanto**,** no que cabe a vida injusta ou nascimento injusto, tais teorias vão de encontro com o direito brasileiro, ferindo princípios basilares do Estado Democrático de Direito, quais sejam o direito à vida, à liberdade, à individualidade**, dentre** outros.

CONCLUSÃO

O nascimento de um novo ser humano deve ser um acontecimento repleto de alegria, posto que um novo ser ganha a vida e adquire personalidade.

Num país que possui a proteção da vida digna como um de seus fundamentos e princípios norteadores**,** certamente terá sérios problemas internos acaso algum juiz ou tribunal decida acatar teorias como a do nascimento injusto e a da vida injusta, já que o pressuposto para se exercer direitos e deveres é a existência de vida, que há de ser preservada, e será ilógico imaginar que alguém possa exercer direitos antes mesmo de ter personalidade e é impossível saber de sua real vontade livre antes de esse ser humano atinja a maioridade.

A evolução tecnológica tem trazido boas esperanças para as pessoas que sofrem algum tipo de doença séria e a cada dia a qualidade de vida de dezenas de pessoas tem ficado menos sofrida.

Como se demonstrou**,** o Brasil é bastante receoso com relação a aplicação de teorias referentes ao direito de não nascer e**,** embora as pessoas tenham seus direitos fundamentais elencados no Texto Maior**, será** incoerente exercer um direito colocando em risco a própria vida.

Assim, acredita-se que em caso de erros médicos ou mesmo atitudes dos genitores que possam causar problemas de saúde ao feto**,** pode o prejudicado ser indenizado. Contudo, questões relativas ao direito de não nascer são inaceitáveis diante dos atuais parâmetros legislativos nacionais posto que a vida deve prevalecer, e a morte, quando chegar a hora, há de vir de forma natural e menos dolorida possível.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal: de 05 de outubro de 1988. Vademecum compacto: Obra Coletiva. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. PROJETO DE LEI nº 1184 de 03 de junho de 2003. Autoria Senador Lucio Alcantara. Dispõe sobre a reprodução humana assistida. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275, acessado dia 16.04.2013.

COSTA, Laiz Marrão Batista da. Limites existenciais do direito – reflexões sobre a lei anti-Perruche e o direito de não nascer. Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito. Rio de Janeiro: PUC, 2012.

ELIAS, Roberto João. Direitos fundamentais da criança e do adolescente. São Paulo: Saraiva, 2005.

NOVAIS, Elma Soares Souza. A inviolabilidade do direito a vida no Estado de Direito: uma análise dos dispositivos constitucionais da garantia do direito a vida. 100f. Dissertação (Mestrado). – Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, 2009. Disponível em: http://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle. acessado dia 07.04.2013.

RAPOSO, Vera Lúcia. As wrongactions no início da vida (wrongfulconception, wrongfulbirth e wrongfullife) e a responsabilidade médica. In: 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, acessado dia 27.01.2013.

SANTOS, Rita Maria Paulina dos. Dos transplantes de órgãos à clonagem: nova forma de experimentação – rumo à imortalidade? Rio de Janeiro: Forense, 2000.