



FACULDADE METROPOLITANA DE CAMAÇARI

ALEX SANDRO RESENDE DE ALMEIDA

**O DIREITO DE NÃO NASCER E A VIDA QUE SE TEM PARA VIVER**

CAMAÇARI - BA

2021

ALEX SANDRO RESENDE DE ALMEIDA

**O DIREITO DE NÃO NASCER E A VIDA QUE SE TEM PARA VIVER**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Faculdade Metropolitana de Camaçari - Famec, como requisito obrigatório para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Armando Nogueira Fernandes

CAMAÇARI - BA

2021

## RESUMO

A escolha de ser mãe é bastante pessoal e envolve a autonomia corporal da mulher, a liberdade da mulher, não cabe sequer à discussão acerca do direito ou não à vida, pois o nascituro é a extensão da vida da gestante, o direito de ter uma vida com dignidade é também da mulher. Um diagnóstico preciso, mostrando patologias ou não do nascituro, o direito de escolher por viver a própria vida ou cuidar de outra vida é uma faculdade da mulher. A mulher da atualidade deseja ser livre, trabalhar, estudar, realizar seus sonhos, decidir, se quer ou não ter filhos, principalmente se essa criança terá uma vida vegetativa. Dessa forma, podemos elencar alguns elementos norteadores para tratar de um tema tão moderno para a sociedade que tem uma mutação constante, são eles: deficiência desde o nascimento, deficiência ocasionada por fatos da natureza, presunção de interrupção da gestação caso os pais tivessem conhecimento da moléstia e a existência de erro do médico, hospitalar ou laboratoriais. Assim, os pais podem se comprometer em ter uma criança saudável para que possam ter vida sadia, sem maiores percalços tanto para a vida da mãe quanto da criança.

**Palavras-Chave:** Direito de não nascer, nascimento injusto, vida injusta, vida digna

## ABSTRACT

The choice to be a mother is very personal and involves the woman's bodily autonomy, the woman's freedom, it is not even up to the discussion about the right or not to life, as the unborn child is the extension of the pregnant woman's life, the right to have a life with dignity is also a woman's. An accurate diagnosis, showing the unborn child's pathologies or not, the right to choose to live his own life or take care of another life is a woman's faculty. Today's women want to be free, work, study, fulfill their dreams, decide whether or not they want to have children, especially if this child will have a vegetative life. Thus, we can list some guiding elements to deal with such a modern theme for society that is constantly changing, they are: disability from birth, disability caused by facts of nature, presumption of termination of pregnancy if parents were aware of the illness and the existence of medical, hospital or laboratory error. Thus, parents can commit to having a healthy child so that they can have

---

TMgraduando em Direito da FAMEC Faculdade Metropolitana de Camaçari – Email: [alexresende34@hotmail.com](mailto:alexresende34@hotmail.com)

Orientador: Prof. Armando Nogueira Fernandes.

a healthy life, without major problems for both the mother's and the child's lives.

**Keywords:** Right not to be born, unjust birth, unjust life, dignified life.

## SUMÁRIO

1 – Introdução.....	6
2 - Direito de não nascer.....	7
2.1 - Uma vida injusta.....	8
2.2 - Nascimento injusto.....	10
3 - Pela vida ou Pela morte dos corpos.....	12
3.1 - Decidir sobre uma vida digna.....	14
3.2 - Gozo de uma vida digna.....	15
4 - Violação à decisão da mulher.....	16
5 - Considerações finais.....	17
6 – Referências.....	18

## 1 INTRODUÇÃO

A sociedade através de suas necessidades e costumes precisa provocar o direito para que as leis sejam evoluídas e tenham visão de vanguarda. Assim, o judiciário se debruça em casos que tenham novidades para serem ajustadas, mas de forma morosa e vai se decidindo caso a caso em visão de renovar, contudo a sociedade evolui muito rápido devido o aumento da população que se alastra no território nacional e mundial.

Assim, a Constituição Federal do Brasil em seu art. 1º versa que, A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988).

Não existe proteção ao ser humano sem ter uma vida plena e com todos os benefícios que ela pode trazer.

O indivíduo tem proteção da nossa carta magna quanto ao direito de nascer com dignidade. O início de uma vida passa pela gestação, assim, para se proteger uma vida e fazer com que esse processo seja completo, as práticas abortivas são proibidas no Brasil.

Portanto, se uma gestante andar na contramão de nosso ordenamento, seja de forma individual ou com ajuda de outra pessoa, mesmo que seja um profissional da área da saúde, estes sofrerão as penalidades legais.

Os direitos fundamentais tiveram notoriedade no século XX, nesse período foi que mais se violou a vida e a dignidade do ser humano, pois foi com o fim da segunda Guerra Mundial que a dignidade da pessoa humana foi de fato cortejada com o valor merecido.

A criação de formas para que os países se organizassem constitucionalmente e logo pudessem se proteger através das leis e, assim garantir a dignidade do ser humano como um todo foi pontual com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU).

No Brasil a Constituição Federal de 1988 foi vanguardista, pois em suas compilações foi constatado o direito a vida, integridade física e moral entre os direitos fundamentais de todos que no território nacional se encontrem.

Ora, proteger a vida faz parte do dever ser do indivíduo, por quanto, como uma corte suprema pode permitir a violação do direito a vida? É possível ter dignidade em uma vida cheia de

limitações e sofrimento? Seria justo abrir mão da própria vida para cuidar de uma vida indigna? De acordo com (SILVA, 2005)

Todo ser dotado de vida é individuo isto é: algo que não se pode dividir, sob pena de deixar de ser. O homem é um individuo, mas é mais que isto, e uma pessoa. Além dos caracteres de individuo biológico tem os de unidade identidade e continuidade substanciais. (SILVA 2005, p. 199).

Existem Jurisprudências por todo o mundo que se debruçaram sobre o direito de alguém ser indenizado por ter nascido com patologias irreversíveis em virtude de erros advindos de médicos, laboratoriais e até mesmo dos genitores, sendo que o caso mais famoso passou-se na França, onde a Corte de Cassação Francesa reconheceu o direito dos pais serem indenizados por terem tido um filho com patologias graves devido a um problema de saúde da genitora, pois não foram informados das anomalias do nascituro, assim nasceu Nicolas Perruche e essa vida foi indenizada por ter patologias incuráveis não permitindo ter uma vida digna.

O fato que se passou na França, não é permitido no Brasil, pois o aborto não é permitido no ordenamento brasileiro e são taxativos pelo Código Penal de 1940 (BRASIL, 1940) em seu artigo 128, sendo possível ainda quando há anencefalia em virtude da ADPF 54 (ADPF, 2012), não dando opção para os pais decidirem pelo aborto eugênico.

## **2 DIREITO DE NÃO NASCER**

Tema de vanguarda para os quatros cantos do mundo, o direito de não nascer traz inquietação para debates calorosos entre especialistas da ceara jurídica.

Para que seja analisado com maior critério técnico, os métodos que seriam necessários, como uma análise criteriosa tanto de um médico como também de laboratórios, logo sendo diagnosticados sérios problemas de saúde e podendo evitar um nascimento do ser com patologias irreversíveis é, sem sombra de duvida, mais eficaz em uma situação que se pode evitar um nascimento de uma vida sem perspectiva de pleno gozo da vida.

Portanto, evitaria com que essa pessoa não se tornasse dependente de seus parentes como mãe, pai e irmão e, assim se tornando um complicador para vidas de plena satisfação de seus familiares.

Portanto, o tema direito de não nascer e a vida que se tem para viver no ordenamento brasileiro irá nortear para um assunto pertinente que com o passar dos tempos vem trazendo

essa indagação para jurista, filósofos e doutrinadores da seara da saúde e do direito propriamente dito.

## 2.1 UMA VIDA INJUSTA

Com o reconhecimento da Corte de Cassação Francesa, sobre o direito de não nascer, que se iniciou na década de 90 e, logo após, ainda nesse período foi julgado o caso Perruche.

Um erro laboratorial e do médico, retirou a chance da mãe de Nicolas Perruche, de praticar o aborto eugênico e evitando assim o nascimento de uma vida injusta.

No pré-natal, o médico não percebeu que a mãe de Nicolas Perruche estava com rubéola mesmo depois de exames laboratorial, portanto, fez com que o erro técnico trouxesse a vida Nicolas Perruche.

No Brasil, esse tema Direito de Não nascer é pouco explanado até porque o país não aceita o aborto eugênico, salvo em caso de risco de vida para a gestante, conforme o artigo 128 do Código Penal (BRASIL, 1940).

Uma criança que acabara de nascer com patologias graves por erros técnicos poderia pedir uma ação reivindicando manobras que seriam necessárias ter sido tomada antes mesmo de nascer e, assim, não adquirir personalidade jurídica? Um sofrimento que irá acompanhar o cidadão em sua vida injusta e insuportável chegando ao ponto de não querer estar entre os vivos?

A diferença entre defender a vida como caráter absoluto e ter uma vida santificada é que, a bioética defende a vida de forma absoluta, e, a qualidade de vida que por hora tem de ser observada, pois o ser humano tem o direito de escolha por não ter uma vida indigna. Segundo (CHAVENCO, 2012)

Ter o direito de nascer, significa que a mulher deve completar o ciclo de gestação do ser humano, que se inicia com a concepção e prossegue em todo o desenvolver da gravidez, até que ocorre o completo nascimento do novo ser, com vida, e venha a ser sujeito de direitos e obrigações perante a ordem jurídica. (CHAVENCO, 2012, p. 660).

A gravidez é da natureza dos seres vivos, não deixando de fora o ser humano, na Europa e nos Estados Unidos a *wrongful life*, reivindica e responsabiliza profissionais da saúde por não informar os pais os problemas com o nascituro, problemas já existente ou que ainda irão se manifestar, ou mesmo problemas que deveriam ter sido diagnosticados, logo o problema

sendo identificado o nascimento teria sido evitado, assim, Raposo explana sobre o tema. (RAPOSO, 2010)

Neste caso poderão os pais da criança apresentar dois pedidos de indemnização: 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 live* propriamente dita). (RAPOSO, 2010, p. 62).

No Brasil, a aplicação da *wrongful live* não é permitida, pois no Código Penal em seu art. 128 versa quais são os tipos de aborto a ser permitido, além disso, a Suprema Corte através de decisão em 2012, permitiu o aborto em caso de anencefalia.

Pela teoria da vida injusta há ainda, segundo Raposo, (RAPOSO, 2010)

Mas, como já ficou referido, esta ação pode também ser dirigida contra os pais, invocando-se o facto de estes terem prosseguido com a gestação não obstante estarem a par da doença, reivindicação esta que se funda num (ainda muito discutido) dever parental de evitar o nascimento de uma criança em tais condições. (RAPOSO, 2010, p. 63).

Alguns Estados da Europa não tem o reconhecimento do direito de ser indenizado por ter nascido com patologias irreversíveis.

Ora, o direito de não nascer se resume na possibilidade de ser praticado o aborto eugênico, logo, sendo confirmado por uma equipe de profissionais da área da saúde. O nascimento de um ser humano com patologias graves causaria a dependência de pais e irmãos, limitando a vida de seus familiares em pleno gozo, além da qualidade de vida do indivíduo ser indigna, a de seus parentes também se tornariam vidas de sofrimento contínuos. Nesse caso uma vida com sofrimentos contínuos não poderia ser considerada digna de ser vivida.

As *wrongful life actions* surgem quando uma criança nasce malformada e pretende reagir contra quem deu azo ao nascimento, ainda que não tenha provocado diretamente a má formação. As ações 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.

É pontual que se identifique o diagnóstico para que se possa ter tratamento de patologias antes ou depois do nascimento, e, caso as comorbidades sejam irreversíveis, que a mesma seja interrompida, mas a vida e a dignidade devem estar acima de qualquer intervenção humana,

assim, havendo excesso do ser humano e venha aumentar o sofrimento ou ainda cause mais dano ao nascituro ou indivíduo, o profissional ou mesmo os pais devem ser responsabilizados.

## 2.2 NASCIMENTO INJUSTO

Um nascimento que traria muitos sofrimentos para a família, não merece receber a atenção que um nascimento sem comorbidades pode trazer. Assim, os pais que não tiveram a opção de escolher o não nascimento de uma vida injusta, poderiam acionar, o judiciário para que seja feita uma reparação por conta de erros dos profissionais de saúde que acompanharam uma gestação comprometida. Portanto, a oportunidade da perda de uma chance se torna evidente para que os pais possam movimentar o judiciário invocando a *wrongful birth* que ao contrário da *wrongful life*, é um tipo de ação que os pais tem o direito de intentar em face dos profissionais responsáveis em virtude de não terem sido informados das comorbidades que o feto possuía, assim evitando com que o aborto viesse a ser executado. Um caso com profissionais qualificados acompanhando uma gestação e cometendo um erro comprometendo toda uma família pode ser qualificada por uma vida injusta e podemos elencar os quatro principais tópicos, segundo a doutrina de (GODOY, 2007)

Um caso do tipo Perruche poderia ser chamado de ação por vida injusta, por *vie préjudiciable*, ou por *wrongful life*, e seriam quatro suas características principais. A primeira característica é a manifestação da deficiência desde o nascimento da criança. Importante notar que isso deve excluir os casos em que os pais optam pela interrupção voluntária da gravidez mesmo quando a criança não manifesta nenhuma deficiência, assim como deve excluir os casos em que os pais reprovam o médico e o laboratório por conta dos erros no processo de esterilização ou mesmo no processo de aborto (como nas ações por *wrongful birth*, *wrongful conception* ou *wrongful pregnancy*). A segunda característica está em identificar a deficiência como manifestação de um fato da natureza. Nesse sentido, o nascimento de uma criança com deficiência deve remeter apenas à gravidez ou ao nascimento mesmo. Não se trata, portanto, de ver a deficiência como um problema decorrente de erro no exame pré-natal e o dano que isso pode causar. Tampouco se trata de casos em que outros eventos irão causar dano (deficiência) ao feto, como, por exemplo, casos em que houve mal uso de medicamentos durante a gestação, casos de acidentes que causam males à mãe grávida e também ao feto. A terceira característica é a seguinte: se os pais soubessem da deficiência da criança que está para nascer, optariam pela interrupção voluntária da gravidez. Nessa linha, os pais deveriam estar em condições legais de exercício do direito ao aborto. Enfim, pondo-se de lado a falta de diagnóstico ou de má informação sobre o diagnóstico pré-natal, a condição de possibilidade de um caso do tipo Perruche está em se admitir o aborto, ou em se permitir a interrupção voluntária da gravidez. Diante disso, pode-se antecipar que o caso brasileiro do anencéfalo não é um caso do tipo Perruche. A quarta característica seria um erro médico, hospitalar ou laboratorial. Tal erro poderia ser um erro no diagnóstico ou na informação passada aos pais.

Esse equívoco influencia e vicia a escolha dos pais no momento de optar ou não por monitorar o feto e seu desenvolvimento, ou no momento de optar pela interrupção voluntária de gravidez. Lembre-se que Nicolas Perruche foi infectado in útero pela rubéola. As faltas cometidas pelo médico e pelo laboratório na execução do contrato com Josette Perruche a impediram de evitar o nascimento da criança, o que a legitimaria a pedir reparação de danos com base na perda da chance do direito ao aborto. Logo, a má informação e a perda da chance de exercício do direito ao aborto têm relação direta com o nascimento da criança. (GODOY, 2007, P. 49 e 50).

Portanto, direito a receber uma indenização, seja para a criança seja para os pais onde o valor a ser recebido deve ter relevância para que a criança, por exemplo, tenha uma perspectiva de uma vida futura, assim se seus pais vierem a morrer, já que teoricamente é a ordem natural da vida.

Sendo de responsabilidade a falha dos profissionais de saúde em não observar um erro no diagnóstico dos resultados laboratoriais e assim, resultarem no nascimento de uma criança com patologias graves, e as patologias pudessem ser descobertas durante o período da gestação, podendo a mãe optar pelo nascimento ou não de seu filho, então a indenização se torna inevitável devido à perda da chance de interromper a gestação para a gestante e direito de indenização por ter nascido com problemas para a criança.

Lembrando a proposta de Axel Gosseries, fica claro que a vida que não alcançar o mínimo de dignidade seria uma vida indigna de ser vivida, indigna de nascer e, então, digna de morrer. (GODOY, 2007, p. 10)

O aborto terapêutico, aquele que pode se evitar o nascimento de nascituro com patologias graves é aceito em países como a França e a Itália. No Brasil, tal medida é aceita apenas em caso de anencefalia ou quando apresentar sérios riscos de vida para a gestante. Contudo, H. C 124.306/RJ (BRASIL, HC 124.306/RJ), impetrado por pacientes acusados de cometer os crimes tipificados nos arts. 288, 124 e 126, todos do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940), traz uma decisão de vanguarda, pois o juízo da 4º Vara Criminal de Duque de Caxias/RJ assentou que tais infrações possuem penas que se enquadram em elementos que autorizam a substituição ou o cumprimento em regime aberto. O ministro Luís Roberto Barroso, utilizando-se do princípio da proporcionalidade e, portanto, da aplicação da ponderação *alexiana* decidiu que a prática do aborto até o terceiro mês de gestação não pode ser considerado crime.

Assim, percebe-se que no Brasil está começando a ter flexibilização em relação ao tema de aborto eugênico e logo podendo se abrir futuras discussões sobre o direito de não nascer.

Alguns Estados pelo mundo tem pensamentos modernos em relação ao direito de não nascer, e em especial o Canadá, lá eles tem um pensamento vanguardista, pois em qualquer circunstância é permitido o aborto. Assim, o Direito de não Nascer é facilmente aceito em um Estado onde em um dado momento na história foi considerado crime qualquer tipo de aborto, e, tendo como penalização a pena de morte. Hoje, com uma postura polemica o Canadá se permite ser um Estado que trata do assunto do aborto de forma moderna e, permite qualquer tipo de aborto em qualquer período da gestação, pois se é permitido que a máquina pública da saúde do Estado do Canadá venha praticar o procedimento abortivo para que se tenha segurança em resguardar a vida já existente que diz respeito a gestante.

### **3 PELA VIDA OU PELA MORTE DOS CORPOS**

O nascimento de uma criança com patologias irreversíveis, não dá o direito da mãe ter uma vida cheia de liberdade, mas traz a dúvida se ela terá mesmo uma vida ou um cárcere para o resto de sua vida. Como pode uma mãe viver uma vida com sua vida limitada por conta de uma vida limitada? A morte de um corpo com vida é uma forma justa para satisfazer uma outra vida indigna de ser vivida?

Ora, se no nosso ordenamento, traz a dignidade da pessoa humana valorizada pela Constituição Brasileira e o art. 1º, III (BRASIL, 1988) é a ferramenta para a identificação material dos direitos fundamentais, e assim se fará assegurada quando for possível ao ser humano uma existência que permita a plena fruição de todos os direitos fundamentais.

Portanto, nesse entendimento de que a mulher estará carregando um nascituro com suas comorbidades irreversíveis, estaria em seu direito de defender sua dignidade, pois ela, em sua gestação em que logo foi diagnosticada de suas anomalias, está com a situação de poder decidir ter uma vida para viver, ao invés de ter que cuidar de uma vida que não trará benefício nenhum para a sociedade. Uma vida que venha a adquirir personalidade jurídica é de uma responsabilidade para os pais dessa criança, pois essa vida terá de ser alimentada no sentido lato senso para que possa ter uma função social, mas se por ventura os pais souberem das animalidades dessa vida que está por vir, e eles não optarem por um aborto eugênico, aborto esse que cerca o tema desse artigo, os pais seriam inteiramente responsáveis por ter deixado uma vida adquirir personalidade jurídica e completamente indigna de se viver, assim, o governo do Estado não teria responsabilidade para com uma criança onde os pais sabia da

natureza da situação. Portanto, os pais dessa criança com suas animalidades teriam de ser penalizados em ter deixado um ser humano adquirir personalidade jurídica sem ter o mínimo de expectativa de vida plena. (FOUCAULT, 1988)

[...] o direito de morte tenderá a se deslocar ou, pelo menos, a se apoiar nas exigências de um poder que gere a vida e a se ordenar em função de seus reclamos. (FOUCAULT, 1988, p. 128).

Há de se observar que Foucault aborda o poder, em sua produção “Historia da Sexualidade” é especialmente importante para a compreensão da questão do direito de não nascer. Foucault também pensava sobre o poder quando escreveu a “Historia da Loucura” onde se tinham os leprosários como forma de contenção da doença que assolava no velho continente, logo depois de se controlar e praticamente erradicar a lepra os leprosários ficaram sem utilidade, assim, os loucos que eram mandados de países para países, passou a ser mandados para os leprosários dando assim uma finalidade para esses prédios que não mais eram usados para conter a lepra. Sua proposta é muito diferente do discurso em torno da humanização da loucura, tão característico da virada do século XVIII ao XIX, quando a ciência passou a estudar e tentar entender o louco em vez de confiná-lo em leprosários.

Assim, Foucault em sua abordagem sobre o poder divide as atenções com Jean-Jacques Rousseau, que criou a obra “Do Contrato Social” e ele dedica, o Livro II, em seu capítulo V “Direito de Vida e de Morte”, em que explica a resposta para a seguinte pergunta:

Pergunta-se como podem os particulares, desprovidos do direito de dispor de suas vidas, transferir ao soberano esse mesmo direito que não possuem? Tal questão só parece difícil de ser resolvida, porque está mal colocada. Todo homem tem o direito de arriscar a própria vida a fim de a conservar. Alguma vez foi dito que quem se lança por uma janela para escapar de um incêndio seja culpado de cometer suicídio? Imputou-se alguma vez o mesmo crime a quem, embarcando, sem conhecer o perigo, vem a morrer durante uma tempestade? (ROUSSEAU, 2015, p. 17 e 18).

Surgindo assim uma solução onde Rousseau foi pontual em discorrer sobre essa temática.

O fim do tratado social é a conservação dos contratantes: quem quer o fim quer também os meios, que são inseparáveis de alguns riscos e até de algumas perdas. Quem quer conservar a vida à custa dos outros deve também dá-la quando for preciso; o cidadão já não é juiz do perigo a que a lei o quis expor e, quando o príncipe lhe diz: convém ao Estado que morras, ele deve morrer, pois só com essa condição viveu até então em segurança, e a sua vida já não é só um benefício da natureza, senão um dom condicional do Estado (ROUSSEAU, 2015, p.18).

O direito de vida ou de morte com a explicação de Rousseau, faz se ter o entendimento que, o soberano teria o direito de fazer morrer ou deixar viver, conforme o discurso de Foucault.

Portanto, quem tem o direito de direcionar o caminho de uma vida sem nenhuma contribuição social? Como uma vida que já atende os anseios sociais pode ser abandonada e assim não mais produzir para o social? A gestante não tem o direito de escolher um melhor futuro?

### 3.1 DECIDIR SOBRE UMA VIDA DIGNA

O aborto, deixou de ser uma conduta inédita e, passou a se transformar em um comportamento corriqueiro praticado por algumas mulheres, prática essa que envolve as mais diversas classes sociais, entre as mais diversas religiões existentes e entre os mais diversos estados civis existentes na atualidade.

A mulher é injustiçada quando pratica o aborto, mas quando se toma a decisão de abortar e tem êxito, ela (a mulher) é colocada à margem do direito, pondo em risco sua vida em clínicas clandestinas, aumentando muitas vezes o índice de mortes ocasionadas por abortos realizados de forma imprudente.

A discordância do direito de não nascer no Brasil, se deve ao fato (notório) de que o aborto eugênico é criminalizado e está sendo praticado por mulheres, de forma que se tem o conhecimento das comorbidades de seu nascituro, assim, juntamente com terceiros ou por si só, ou seja, o sistema penal, condena a prática de qualquer modalidade de aborto que não esteja compilado em seu art. 128 do código penal brasileiro (BRASIL, 1940), porém ignora e nega a prática de aborto quando a gravidez é igualmente indesejada, pondo, assim, parte de uma conduta existente na sociedade à margem de diferentes opiniões e contradições.

O aborto trata do direito individual da mulher. Os direitos individuais em sua particularidade são os direitos do indivíduo afastado da coletividade, logo os direitos fundamentais, correspondente ao que se tem denominado direitos civis ou liberdades civis. Usados na Constituição para exibir o conjunto dos direitos fundamentais concernentes à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade. Dessa forma, o Estado não deveria usar a lei penal para exigir algum nascimento, mas poderia dar liberdade para que gestante possa decidir pelo aborto eugênico, isso quando se tem a certeza que o nascituro possui patologias que não tem como curar ou até mesmo não tenha como amenizar as patologias e fazer com que a criança tenha uma vida em que possa dar dinâmica natural em seu desenvolvimento. Gestar e ter filhos, com um acompanhamento de profissionais que identificam que o nascituro

não trará alegria e sim sofrimento, logo ter uma gestação na miséria ou com dignidade, deveria, pelo menos, em tese, ser uma opção individual.

### 3.2 GOZO DE UMA VIDA DIGNA

A mulher na discussão do tema merece atenção, pois, é dela que se parte uma vida digna ou indigna de ser vivida, logo, pensar na individualidade da gestante deixou de ser engessada em normas e regras e passou a ser subjetiva.

A humanidade está cada vez mais acelerada de forma que a tecnologia tenha uma contribuição considerável, para tanto, logo, no discorrer da história, onde toda a evolução da tecnologia teve como início a globalização de serviços e mercadorias sendo transportadas, seja por carroças ou as embarcações. Portanto, o direito tem que acompanhar essa dinâmica de forma que, o reboque não arrebente a corda e assim o possa ter a evolução desejada para que, os direitos individuais seja sempre atualizados e não esquecidos com o passar dos tempos.

O direito tem como fim o ser humano em qualquer de suas representações, lembrando que, todo o direito é feito pelo homem e para o homem. O interesse público ou social deve prevalecer sobre o individual? Pensar no homem de forma coletiva tem um peso maior que o interesse individual. Contudo, o interesse individual não deve ser esquecido, pois uma pessoa quando pretende ter uma decisão individual e desde quando não afete de forma negativa a sociedade, essa pessoa está em pleno direito de seguir com seus planos para que sua vida tenha um sentido de produtividade para o social. Dessa forma, o código penal poderia tomar uma posição diferente em sentido individual em razão de uma gestante poder decidir sobre o nascimento de uma criança com patologias irreversíveis causando assim uma dificuldade de vida incalculável fazendo com que a mãe dessa criança perca completamente sua vida para poder cuidar de uma vida que nunca irá dar um retorno social.

A ideia da dignidade da pessoa humana encontra inspiração em Aristóteles “A Ética a Nicômaco”. Em sua filosofia encontra-se claramente que o homem existe para ser feliz e que o Estado existe como meio para alcançar o bem comum. Assim, pode-se ter como base duas verdades: que o homem existe como um fim em si mesmo, isto é, ser feliz; e que o Estado está para auxiliar o homem em sua missão de vida.

A mulher, em sua luta incansável para poder se realizar, busca o sentido da ética para a sua existência, ética essa, ligada à persecução da felicidade por meio do livre arbítrio e por meio da política que esta ligada à sua natureza social, segundo Aristóteles.

Ora, nas disposições que tomam sobre todos os assuntos, as leis têm em mira a vantagem comum, quer de todos, quer dos melhores ou daqueles que detêm o poder ou algo nesse gênero; de modo que, em certo sentido, chamamos justos aqueles atos que tendem a produzir e a preservar, para a sociedade política, a felicidade e os elementos que a compõem. (ARISTÓTELES, 1991, P. 98)

Logo, como pode ser esquecido que a mulher tem o fim em si mesma, já que todo o ser humano busca poder gozar de sua vida de forma plena livre de qualquer cárcere, pois é assim que uma mãe fica quando ela abre mão da própria vida para poder cuidar de uma outra vida, que não trará nenhuma produtividade social, mas sim, trará o encarceramento dessa mulher que foi obrigada pelo ordenamento brasileiro a ter um filho cheio de patologias em que vai fazer com que essa mulher venha a padecer em uma vida indigna, assim pode-se dizer que o atual Código Penal brasileiro está ultrapassado em relação da dinâmica da vida social.

Ora, atualmente no Brasil, milhares de mulheres estão fazendo aborto por conta própria e em locais que não tem profissionais com capacidade de fazer tal procedimento. Por quanto, como uma mulher possa vir a ter uma expectativa de vida digna já que essa mesma mulher corre o risco de ter sua vida abreviada por um procedimento que não tem acompanhamento de profissionais e equipamentos adequado para que se possa fazer um procedimento de excelência e tirando o risco de periculosidade já que se trata de uma vida que está tomando a decisão de abortar uma vida indesejada.

#### **4 VIOLAÇÃO À DECISÃO DA MULHER**

Violar a iniciativa da mulher, em querer retirar uma vida indigna, ou seja, o direito que as mesmas possuem em tomar suas próprias decisões, no tocante que diz respeito ao seu próprio corpo, o Estado não pode interferir nesse tipo de escolha, pois se trata de um direito individual.

Toda mulher, seja ela rica ou pobre tem o direito de ter sua privacidade e viver da forma que lhe convém, fazendo valer seus interesses individuais e procurando ser uma pessoa cada vez mais feliz dentro da sociedade e assim conquistar seus sonhos e desejos. Porquanto, nesse espaço o Estado deveria se manter neutro e não realizar nenhum tipo de interferência sem ser solicitado. Todas as vezes que o Estado, através de sua máquina, que reúne Delegado de polícia, Promotor de Justiça e Juiz de Direito, irá obrigar de certa forma a mulher, mesmo contra a sua vontade, a manter sua gravidez que se encontra em estado de anomalia? Portanto, é dessa forma que o Estado diz que esse útero a partir do momento que tenha uma vida ali dentro, essa vida faz parte da sociedade, sendo a pessoa dona de seu corpo um meio para a materialização da vontade social em ter essa criança, segundo Barroso.

A tipificação penal produz também discriminação social, já que prejudica, de forma desproporcional, as mulheres pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo. Por meio da criminalização, o Estado retira da mulher a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro. Não raro, mulheres pobres precisam recorrer a clínicas clandestinas sem qualquer infraestrutura médica ou a procedimentos precários e primitivos, que lhes oferecem elevados riscos de lesões, mutilações e óbito. (BARROSO,2016)

A integridade física da mulher, vem da modificação que será notória no período de gestação, transformações essas que o corpo da mulher sofrerá durante a gravidez e as consequências que essa gestação possa vir a causar, por essa razão diz que essa integridade física é abalada, pois é o corpo da mulher que sofrerá todas essas transformações.

Já a condição psicológica da mulher, de estar sendo praticamente obrigada a assumir uma criança com patologias irreversíveis e essa obrigação será por toda a sua vida, fazendo com que, muitas das vezes a mulher abra mão de uma vida cheia de expectativas pela frente e perdendo comprometerimentos futuros que ela possa vir a ter, em razão dessa gravidez indesejada. Portanto, ter um filho, para não cometer um crime de aborto para evitar ser punida pelo Código Penal é sem sombra de dúvidas uma violação física e psíquica da mulher.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Num país em que possui um Código Penal de 1940 e mostrando assim a necessidade de uma repaginada para que a sociedade esteja em uma situação de vanguarda, pois, se percebe em

temáticas de assuntos polêmicos como a do aborto eugênico, eutanásia e o direito de não nascer. Assim, são assuntos a serem esmiuçados e descriminalizados, pois a necessidade de um acompanhamento subjetivo juntamente com a constituição se faz necessário.

Porquanto, um posicionamento do STF em relação ao primeiro trimestre de gestação, em que diz não ser mais crime o aborto com o consentimento da gestante, pode-se dizer que houve uma evolução sobre a temática explanada nesse artigo.

Como foi explanado, o Brasil é bastante conservador para diversos temas e, em relação às teorias que diz respeito ao direito de não nascer o país ainda não se posicionou sobre o assunto abordado, mas podemos observar que, algumas manobras estão sendo tomadas para uma realidade diferente, pois é incoerente uma gestante ser obrigada a obedecer normas e regras em que sua própria vida é colocada em risco, pois também é colocada em risco uma vida digna por uma vida injusta.

Portanto, o direito de não nascer está passando por uma transformação a nível mundial e o Brasil por mais que questões relativas ao direito de não nascer, ainda não sejam aceitas nos parâmetros legislativos atuais, sendo que, a vida deve prevalecer e a morte quando chegar a hora deve vir de forma natural.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo, Editora nova cultura 1991, p. 98

BARROSO, Roberto. BRASÍLIA. DF, Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma, H.C 124.306/RJ, Relator, Min. Marco Aurélio, 09 de Agosto de 2016, p. 12.

BRASÍLIA. DF, Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma, H.C 124.306/RJ, Relator, Min. Marco Aurélio, 09 de Agosto de 2016.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://ditel.casacivil.ro.gov.br/COTEL/Livros/Files/LC1060%20-%20REPUBLICA%c3%87%c3%83O.pdf>. Acessado em: 17 jun. de 2021.

CHAVENCO, Arlete Aparecida; OLIVEIRA, José Sebastião de. Da tutela dos direitos do nascituro e a Controvertida questão do início de sua Personalidade. In: Revista Jurídica Cesumar – Mestrado, v. 12, n. 2, p. 660, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/2541/1762>, acessado dia 17.06.2021.

FOUCAULT. tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1988, p. 128

GODOY, Gabriel Gualano de. Acórdão Perruche e o direito de não nascer. 2007. P. 10 e 49, 50 Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, área de concentração em Direito das Relações Sociais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba: UFPR, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques Do Contrato Social, p. 17 e 18, Disponível em: <https://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/Do-contrato-social.pdf>

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. 62-63. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/4210>, acessado dia 17.12.2021.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2005.