

**FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS**

**THAÍS REZENDE AZEVEDO RIBEIRO**

**DIREITO DE NÃO NASCER E A TEORIA DA ANCESTRALIDADE NO DIREITO DE  
FAMÍLIA**

**POUSO ALEGRE - MG 2019**

**THAÍS REZENDE AZEVEDO RIBEIRO**

**DIREITO DE NÃO NASCER E A TEORIA DA ANCESTRALIDADE NO DIREITO  
DE FAMÍLIA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de mestra em Direito, com área de concentração em Constitucionalismo e Democracia, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni

**FDSM - MG 2019**

R534 RIBEIRO, Thaís Rezende Azevedo

Direito de não nascer e a teoria da ancestralidade no Direito de Família. /Thaís Rezende Azevedo Ribeiro. Pouso Alegre: FDSM, 2019. 91p.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni.  
Dissertação (Mestrado)-Faculdade de Direito do Sul de Minas,  
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito de não nascer. 2 Ancestralidade. 3 *Wrongful actions*.  
4. Bioética. 5. Direitos fundamentais e de família. I Lazzarotto  
Simioni, Prof. Dr. Rafael. II Faculdade de Direito do Sul de Minas.  
Programa de Pós-Graduação em Direito. III Título.

CDU 340

Thaís Rezende Azevedo Ribeiro

**DIREITO DE NÃO NASCER E A TEORIA DA ANCESTRALIDADE NO  
DIREITO DE FAMÍLIA**

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da Aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Banca Examinadora

---

Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni  
Orientador  
Faculdade de Direito do Sul de Minas

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Camila Claudiano Quina Pereira  
Universidade Vale do Sapucaí

---

Prof. Dr. Elias Kallás Filho  
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Pouso Alegre – MG  
2019

Aos maiores incentivadores dos meus estudos: meus pais Osvaldo e Regina pelo exemplo e amor incondicional.

Ao meu amor e companheiro de vida André, pois com seu apoio o mestrado se tornou possível.

A minha fascinante Alice pelos dias e noites que não me teve, pelas vezes que se agarrava ao meu colo e pela compreensão que ao longo do tempo adquiriu ao pegar sua mochilinha e dizer que ia se mudar para Pouso Alegre e fazer mestrado. Por sentar ao meu lado na mesa grande da sala cheia de artigos e livros e dizer: seu professor vai ter dar nota 10, mamãe? Você é luz!

## **AGRADECIMENTOS**

Às funcionárias do mestrado da FDSM pela competência, carinho e atenção.  
Ao corpo docente pelas aulas inesquecíveis.

Aos professores Cícero e Eduardo que com suas colaborações me fizeram sair da “zona de conforto” e me propuseram enxergar outros caminhos.

Em especial agradeço meu orientador professor Rafael Lazzarotto Simioni por ter me instigado, por me fazer “pisar no escuro” para ver a luz se acender. Não tenho dúvidas do crescimento que me proporcionou.

À Ellen pela amizade única, apoio, paciência e por ter segurado as pontas do escritório nos períodos em que estive ausente.

Aos presentes que o mestrado trouxe: minhas companheiras de viagem que se tornaram amigas: Bárbara, Claudete, Daniella, Laila e Rosana, porque vivenciamos juntas alegrias e angústias. E à querida Heroana, pelo apoio e ajuda de sempre.

Finalizo a dissertação com a mente cheia de reflexões e inquietações, imensamente feliz e grata.

*O que é? O que é?*

*(...) E a vida? E a vida o que é, diga lá, meu irmão?*

*Ela é a batida de um coração?*

*Ela é uma doce ilusão?*

*Mas e a vida? Ela é maravilha ou é sofrimento?*

*Ela é alegria ou lamento?*

*O que é? O que é, meu irmão?*

*Há quem fale que a vida da gente é um nada no mundo,*

*É uma gota, é um tempo*

*Que nem dá um segundo,*

*Há quem fale que é um divino mistério profundo,*

*É o sopro do criador numa atitude repleta de amor.*

*(Gonzaguinha)*

## RESUMO

Rezende Azevedo Ribeiro, Thaís. Direito de não nascer e a teoria da ancestralidade no Direito de Família. 2019. 91f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, 2019.

Os avanços da tecnologia na área da Medicina, através da análise genética, possibilitaram diagnósticos de doenças físicas e mentais dos filhos ainda no período gestacional. Aos pais se reconhece o direito de serem informados sobre possível deficiência da criança. Nessa conjuntura, mostra-se pertinente investigar os fatos jurídicos denominados como *wrongful actions*. Tratam-se de ações movidas por filhos buscando indenização por uma vida de sofrimento que eles não queriam ter. Enfrenta-se nesta pesquisa a possibilidade da existência de um direito de não nascer no sistema constitucional brasileiro e se é possível pensar em uma teoria da ancestralidade que pressuponha o consentimento livre e informado dos pais a respeito da condição futura do filho. Nessa perspectiva, a investigação objetiva refletir sobre a possibilidade, no direito brasileiro, de se justificar a existência de um direito de não nascer, através do estudo das *wrongful actions* na perspectiva da bioética, dos direitos fundamentais e do direito de família, estabelecendo argumentos prós e contras essa possibilidade. No final, pretende-se conferir a relação entre direitos fundamentais e a possibilidade de fundamentação de uma teoria da ancestralidade no direito de família, baseada em uma abordagem antropológica e fulcrada nos princípios constitucionais do direito de família. Para serem alcançados esses resultados, a pesquisa se desenvolveu por meio do método analítico e da técnica de revisão literária, com estudos de direito comparado e alguns aportes teóricos da antropologia. Como resultado, conclui-se que não existe um direito de não nascer no ordenamento jurídico nacional. Pois, embora haja controvérsias e o problema trazido seja objeto de futuros debates em razão da complexidade que possui, nos princípios constitucionais do direito de família conseguimos encontrar uma resposta para a indagação. Isso porque da análise desses princípios afere-se que o direito de não nascer não se encontra tutelado no nosso sistema constitucional.

**Palavras-chave:** Direito de não nascer; ancestralidade; *wrongful actions*; bioética; direitos fundamentais e de família.



## ABSTRACT

Rezende Azevedo Ribeiro, Thaís. *Right not to be born and the theory of ancestry in Family Law*. 2019. 91p. Master's Dissertation - South of Minas Gerais School of Law. Pouso Alegre, 2019.

*Advances in technology in the field of medicine, through genetic analysis, enabled the diagnosis of physical and mental illness in the children Thata still in the gestational period. Parents have the right to be informed of a child's disability. At this juncture, it's pertinent to investigate the legal facts called wrongful actions. These are actions brought by children seeking compensation for a life of suffering that they didn't want to have. In this research the possibility of the existence of a right not to be born in the Brazilian constitutional system and whether it's possible to think of a theory of ancestry that presupposes the free and informed consent of the parents regarding the future condition of the child. In this perspective, the objective of the investigation is reflect about the possibility in Brazilian law for justify the existence of a right not to be born, through the study of wrongful actions from the perspective of bioethics, fundamental rights and family law, with pro and against arguments about this possibility. In the end, it's intended to confer the relationship between fundamental rights and the possibility of a foundation for a theory of ancestry in family law, based on an anthropological approach and substantiated in the constitutional principles of family law. To reach these results, the research was developed through the analytical method and the technique of literary revision, with studies of comparative law and some theoretical contributions of anthropology. As a result, it is concluded that there is no right not to be born in the national legal order. For although there is controversy and the problem brought is the subject of future debates because of the complexity it has, in the constitutional principles of family law we can find an answer to the question. It's happen because from the analysis of these principles it is stated that the right not to be born is not protected in our constitutional system.*

**Keywords:** *right not to be born; ancestry; wrongful actions; bioethics; fundamental rights and family law.*

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>1 <i>WRONGFUL ACTIONS</i> .....</b>	<b>16</b>
1.1 <i>Wrongful conception</i> .....	18
1.2 <i>Wrongful birth</i> .....	19
1.3 <i>Wrongful life</i> .....	21
1.3.1 <i>Enquadramento jurisprudencial: origem e casos de destaque de wrongful life</i> .....	23
<b>2 DIREITO DE NÃO NASCER .....</b>	<b>32</b>
2.1 Bioética, direitos fundamentais e o direito de não nascer .....	34
2.2. Argumentos pró e argumentos contra .....	44
2.3 O direito de não nascer no cenário jurídico brasileiro.....	50
<b>3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TEORIA DA ANCESTRALIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA .....</b>	<b>59</b>
3.1 Família e relações de parentesco: uma abordagem antropológica.....	60
3.2 Princípios constitucionais do direito de família em duelo com o direito de não nascer .....	65
3.3 A teoria da ancestralidade no Direito de Família.....	77
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>82</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>85</b>

## INTRODUÇÃO

As *wrongful actions* são ações que invocam a responsabilidade daqueles que permitiram a concepção, o nascimento e a vida considerados indevidos, sob um argumento comum: pelo dano que neles é invocado.

Os casos de *wrongful conception* tratam da concepção do filho que supostamente não aconteceria, mas se concretizou em razão de uma interrupção malsucedida da gravidez, por falhas nos métodos contraceptivos. Viola-se o direito ao planejamento familiar ou o direito à não reprodução. Embora o filho seja saudável, a sua concepção foi indesejada, portanto, o seu nascimento também.

Na ação de *wrongful birth* deseja-se a concepção, contudo o nascimento é indesejado porque o filho nasceu com malformações e deficiências graves que poderiam ter sido constatadas e informadas. E, por isso, da ausência de diagnóstico correto ou da informação clara, os genitores foram feridos no direito de exercer a possibilidade de interrupção da gravidez.

Já na *wrongful life* a criança nasce com malformações e deficiências e em seu nome ingressa judicialmente em face de quem possibilitou seu nascimento, com a pretensão de ser indenizado pela vida deficiente. Podem versar sobre os médicos e até mesmo contra os pais.

Considerar o nascimento e a vida como um dano permite indagar se um filho que enxerga sua vida como um prejuízo pode deduzir uma pretensão indenizatória em face de quem permitiu seu nascimento e conseqüentemente uma vida indigna.

Os avanços da tecnologia na área da Medicina, através da análise genética, possibilitaram diagnósticos de doenças físicas e mentais ainda no período gestacional. Aos pais se reconhece o direito de serem informados sobre possível deficiência da criança. Nessa conjuntura mostra-se pertinente investigar os fatos jurídicos denominados como *wrongful actions*.

Referem-se a ações designadas como: *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*. Na pesquisa o foco se dá especialmente na última espécie de ação que trata do direito de não nascer movida pelo filho em face dos pais. Busca-se refletir se esse direito encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro e se é passível de responsabilidade civil.

Para situar a questão apresentada registra-se que a ação que invoca o direito de não nascer foi suscitada pela primeira vez nos Estados Unidos em 1963 por um Tribunal de Illinois. Nesse país outros casos surgiram relacionados à *wrongful life*.

Ocorrido na França, caso de relevância diz respeito ao *arrêt Perruche* iniciado no ano de 1997 e que teve grande repercussão, pois concedeu indenização a uma criança deficiente pelo fato de ter nascido. Assim, no contexto europeu as jurisprudências foram se formando e os pleitos que envolviam o direito de não nascer começaram a se destacar.

A *wrongful life* (vida indevida) merece uma reflexão aprofundada porque a proposição desta espécie se potenciou pelos avanços da tecnologia e da medicina. A análise da história genética dos pais possibilitando a previsão de doenças, também a questão dos direitos da personalidade, da dignidade da pessoa humana e o direito de procriar trazem importância ao tema.

A pesquisa aborda o direito de não nascer quando existente a informação pelos médicos aos pais de uma doença ou deficiência do feto e estes, mesmo diante de um diagnóstico de malformações e anomalias, decidem pelo nascimento. Analisa-se a possibilidade do filho ingressar um pedido na justiça em face dos pais, ou seja: os demandados seriam os progenitores.

Para refutar o direito de não nascer nos propusemos a pensar numa teoria da ancestralidade que, com seus fundamentos, privilegia a sabedoria dos pais e encontra respaldo na dignidade da pessoa humana, na parentalidade responsável, no direito de procriar e na afetividade. Abordamos também a visão da antropologia para colaborar com a reflexão.

Enfrenta-se nesta pesquisa a existência de um direito de não nascer no sistema constitucional brasileiro e se é possível pensar em uma teoria da ancestralidade que pressuponha o consentimento livre e informado dos pais a respeito da condição futura do filho. Ainda: qual seria a resposta do direito brasileiro para essa problemática.

Assim, analisa-se o direito de não nascer e suas consequências jurídicas, de modo a estabelecer uma discussão sobre a resposta do ordenamento jurídico nacional, em uma perspectiva constitucional para a questão levantada.

Nessa perspectiva a investigação objetiva refletir sobre a possibilidade, no direito brasileiro, de se justificar a existência de um direito de não nascer.

Iniciando pelo estudo das *wrongful actions*, a pesquisa aborda o direito de não nascer na perspectiva da bioética, dos direitos fundamentais e do direito de família, estabelecendo argumentos prós e contra essa possibilidade.

No final, pretende-se conferir a relação entre direitos fundamentais e a possibilidade de fundamentação de uma teoria da ancestralidade no direito de família, baseada em uma abordagem antropológica e fulcrada nos princípios constitucionais do direito de família.

Para tanto foram investigados o direito de não nascer com suas consequências, descrevendo a dimensão jurídica da autonomia dos pais em conjunto com os princípios constitucionais do Direito de Família e as questões correlatas como a bioética e o aborto. Inquiriu-se também os contornos da teoria da ancestralidade no direito brasileiro.

A análise busca confirmar ou não que a Constituição Federal do Brasil se fundamenta em princípios que inviabilizam a concessão dos pedidos judiciais nestas espécies de ações e por isso os fatos jurídicos denominados como vida indesejada não encontram amparo no ordenamento jurídico brasileiro, portanto não sendo passíveis de gerar responsabilidade civil.

Também será analisado se com base nos princípios da autonomia dos pais, da paternidade responsável, da afetividade e da vida digna o direito brasileiro consegue solucionar as questões controversas advindas das *wrongful life actions* movidas em face dos pais. Ainda, se existe uma certa precedência dos pais em relação aos filhos que permite pensar em uma teoria da ancestralidade como uma teoria capaz de garantir aos pais o poder de decidir sobre o nascimento ou não dos filhos em condição de deficiência.

O trabalho se desenvolveu a partir de uma pesquisa analítica com técnica de pesquisa bibliográfica. Para dissertar sobre os precedentes que deram origem às espécies de ações tratadas foram utilizados artigos, teses e jurisprudências de ordenamentos jurídicos estrangeiros adequados à proposta da dissertação.

Tendo em vista que o tema envolve questões tratadas ainda de modo superficial no ordenamento jurídico nacional para a conceituação do direito de não nascer e seus argumentos a favor e contra foram utilizadas doutrinas e artigos jurídicos de outros países, relacionando-os com as doutrinas e artigos nacionais referentes ao direito constitucional, ao direito civil e ao direito de família, a fim de formular uma posição no âmbito do direito brasileiro. Também houve a análise de

decisões judiciais e questões legislativas em trâmite no ordenamento nacional envolvidos com a problemática do tema.

Por fim, na construção da teoria da ancestralidade consultamos a legislação, doutrinas, artigos científicos sobre o direito constitucional, em especial dos princípios constitucionais norteadores do direito de família e também do ramo da antropologia.

A pesquisa traz como reflexão a existência de um direito de não nascer no direito brasileiro e suas consequências jurídicas, a admissão de responsabilidade que ocasione uma indenização em razão da escolha dos pais pelo nascimento, propondo então pensar na criação de uma teoria da ancestralidade.

Refere-se o direito de não nascer a um pedido exercido por meio das ações de *wrongful life* que buscam ver admitido o ressarcimento do dano pessoal de se ter nascido, nesta pesquisa em especial em face dos pais. Fundamentam-se em argumentos valorativos como o direito de nascer mentalmente e fisicamente saudável e o direito à não existência trazendo para a reflexão problemas éticos-jurídicos.

Para o mundo jurídico demonstra-se relevante questionar se as situações de *wrongful life* podem ser tuteladas na realidade brasileira, pois aos profissionais do direito cabem enfrentar a possibilidade de pretensões pela vida indevida, deparando-se com questões que se referem à quantificação do valor da vida, comparando uma vida com deficiência a uma vida sem deficiência, analisar a autonomia da mulher e se a decisão dos genitores por terem um filho nas condições de saúde apresentadas foi irresponsável ou negligente, capaz de gerar uma responsabilidade no campo jurídico.

O direito à não existência quando exercido em face dos pais está alegado num dever parental de evitar o nascimento de um filho que irá nascer com malformações ou deficiências. Condiciona-se uma vida digna à perfeição ou à ausência de sofrimentos, a ponto de preferir não existir, o que vai de encontro ao princípio da afetividade inerente ao direito de família que, diga-se de passagem, não se vincula à perfeição da saúde física e mental dos indivíduos. Sob este aspecto situa-se a relevância da pesquisa para o Direito de Família, porque embora tenha sido sistematizado em outros ordenamentos e já existam posições jurídicas à respeito das *wrongful actions*, a problemática traz a discussão para o direito brasileiro numa perspectiva constitucional, pois, confronta, ainda, com a dignidade da pessoa humana, autonomia dos pais e afetividade.

Nesse sentido, o duelo entre o direito de não nascer e a afetividade, autonomia dos pais e vida digna é uma problemática para o direito de família em uma perspectiva constitucional, já que essa discussão possibilita refletir o direito à vida como inviolável diante do argumento apresentado de uma vida injusta ou indevida. Isso porque a proteção da vida é um dos fundamentos e princípios da Constituição Federal Brasileira, identificando-se nesse ponto a relevância acadêmica da pesquisa.

Investigar a recepção pelo direito brasileiro das ações de vida indevida propostas pelo filho em face de seus pais que decidiram pelo nascimento, diante da alegação de uma vida indigna de ser vivida por culpa da escolha “negligente” pelo nascimento, aborda, inclusive, a perspectiva do direito civil especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, interpretando o direito de família não somente pelo viés produtivista, mas a partir da principiologia constitucional, analisando a tutela de novos direitos como a reparação de danos não previstos na legislação, refletindo contemporaneamente em responsabilidade por danos.

## 1 **WRONGFUL ACTIONS**

A evolução da ciência médica nas últimas décadas tem propiciado campo fértil para o surgimento de complexas e intrigantes questões. O desenvolvimento de novos métodos de diagnóstico pré-natal possibilitou estender a intervenção médica até os confins do início da vida (TEIXEIRA, 2008, 272).

A crescente inovação tecnológica da medicina possibilita o diagnóstico cada vez mais precoce de deficiências físicas e/ou mentais de crianças em gestação (NARDELLI e DE SÁ, 2016, p. 148).

Um diagnóstico precoce de uma deficiência é importante para o tratamento, preparação financeiro-econômica e psicológica dos pais e familiares. Essa afirmação se dá no sentido de que o preparo ajuda na inserção da criança no meio familiar e social, pois são direitos do próprio nascituro deficiente a dignidade da pessoa humana e os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar (NARDELLI e DE SÁ, 2016, p. 148).

O progresso da ciência jurídica, juntamente com o aperfeiçoamento da ciência médica, acarretou o surgimento de nova *facti-species* lesivas que buscam a adequada tutela dos dois centros de imputação de interesses em causa: os progenitores e o nascituro (TEIXEIRA, 2008, p.272).

A realização dos direitos reprodutivos que busca assegurar a saúde dos envolvidos pressupõe assistência e amparo integrais. O acompanhamento médico integral é direito das partes envolvidas na realização de um projeto parental. Para tanto, a Medicina firma-se como indispensável para consecução da saúde reprodutiva, disponibilizando mecanismos. A título de exemplo, menciona-se a procriação médica assistida e o diagnóstico genético pré-implantatório (HOLANDA, 2012, p. 2).

Diante da possibilidade de diagnósticos de deficiências físicas e mentais de crianças em gestação, do direito dos pais de saber de uma possível deficiência da criança, mostra-se pertinente investigar os fatos jurídicos denominados como *wrongful actions*.

Referem-se às ações de *wrongful conception* (concepção indesejada); *wrongful birth* (nascimento indesejado) e em especial para a pesquisa a *wrongful life*



(vida indevida). A intenção é refletir se a última espécie encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro e passível de responsabilidade civil em face dos pais.

As denominações das *wrongful actions* não são uniformes dentro da doutrina, as utilizadas na pesquisa são as que parecem ter tendencialmente maior aceitação, considerando os cenários com os quais os tribunais deparam-se é que as ações vão se definindo.

O que se pode afirmar é que as três espécies se relacionam aos danos verificados em caso de concepção, nascimento ou vida indesejados (QUEIRÓS, 2016, p. 7). Questiona-se: uma pessoa que sinta sua própria vida como um prejuízo pode deduzir uma pretensão indenizatória em face de quem permitiu o seu nascimento (SIMÕES, 2010, p. 188). Coloca-se a possibilidade de caracterizar o nascimento ou a própria vida como dano.

O problema da espécie *wrongful life* demonstra-se digno de uma reflexão mais aprofundada por uma série de motivos: primeiro pela sua importância prática, pois, ainda que no cenário estrangeiro, tem-se constatado certa frequência, a proposição é crescentemente potenciada pelo desenvolvimento das capacidades minuciosas em diagnósticos pré-natal e pelas mudanças sociais ocorridas nas últimas décadas (VICENTE, 2009, p. 117).

Tornou-se maior a chance de prever problemas antes da própria concepção, por meio da análise da história genética dos pais, ou de determinar com precisão adequada depois da concepção (VICENTE, 2009, p. 117).

Em segundo lugar, a questão é relevante porque, alcançando a sensível temática dos direitos de personalidade, está intimamente ligada à tutela da dignidade da pessoa humana, ao direito de procriar enquanto densificação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, deixando acesa discussão sobre eventuais institutos eugênicos. E por abordar um tipo de ação que permite apreciar a capacidade do instituto da responsabilidade civil para enfrentar todo um novo conjunto de dilemas ético-jurídicos, cujas fronteiras nem sempre são claramente perceptíveis (VICENTE, 2009, p. 117).

Embora cada sistema jurídico seja composto de seus princípios e garantias, norteadores das normas infraconstitucionais, as *wrongful actions* invocam a responsabilidade daqueles que permitiram a concepção, o nascimento e a vida considerados indevidos diante de um argumento comum: pelo dano que nelas é invocado.

Importante diferenciar os tipos das ações, demonstrando como se definem e se fundamentam, relatando alguns casos ocorridos em ordenamentos estrangeiros que revelam o surgimento das espécies de demandas tratadas neste capítulo.

### 1.1 *Wrongful conception*

Os casos de *wrongful conception* tratam da concepção do indivíduo que, supostamente, era garantida de que não iria acontecer, contudo concretizou-se em razão de uma interrupção da gravidez mal sucedida, defeitos dos métodos anticoncepcionais, esterilização mal efetuada, hipóteses em que houve violação do direito ao planejamento familiar ou do direito à não reprodução. O filho nasce saudável, no entanto a sua concepção não foi desejada e, conseqüentemente o nascimento também não (RAPOSO, 2010, p. 66).

A ação de *wrongful conception* aborda as situações de casais que escolheram lançar mão de métodos contraceptivos, desde os mais prosaicos, como a vasectomia, até o aborto e, por falha médica, foi concebida uma criança não planejada ou indesejada (SILVA, 2012, p. 2).

Embora seja visível que nessa ação a falha na conduta médica torna passível a configuração de um dano, a reflexão está na consequência dessa falha: se a concepção não desejada com suas implicações pode ser considerada um dano.

No viés de considerar o dano indenizável, tem-se que, conferida a violação culposa dos deveres de cuidado, informação entre outros, caracterizada que a atitude médica atingiu a liberdade de autodeterminação da mãe e a liberdade de planejamento familiar, é possível que a concepção seja reconhecida como um dano indenizável. A violação dos deveres éticos e contratuais por parte do médico é o que gera o dano (NARDELLI e DE SÁ, 2016, p. 159).

Nos casos de concepção indevida os demandantes invocam que sem o evento lesivo a criança não seria concebida, já que a atuação médica se dirigia à não concepção. Não padecendo a criança de qualquer malformação, inexistente, na sua esfera jurídica, um dano ressarcível, pelo que a legitimidade incumbe nos casos de concepção indevida aos pais (DUARTE, 2017, p. 15).

A falha no diagnóstico traduz-se, precisamente, no não impedimento da concepção. Poderão estar em causa situações em que falha a interrupção da

gravidez, em que se verifica a existência de defeitos no método contraceptivo ou ainda casos de esterilização malsucedida. Nestas situações pode existir, ou não, negligência médica e, caso não exista, verificar-se-á, antes, uma violação do direito de informação do risco de ineficácia do método utilizado (DUARTE, 2017, p. 15).

Infere-se que na ação de concepção indevida pode estar em causa a negligência numa intervenção cirúrgica ou a violação do dever de informar sobre possíveis riscos de ineficiência dos métodos utilizados para prevenir ou interromper a gestação, aquele que seria responsável por fazê-lo não cumpre com suas obrigações contratuais para com o paciente que pode ser a mulher ou o homem (DUARTE, 2017, p. 18).

Observa-se a reparação do dano pela esfera da anulação da decisão reprodutiva (RAPOSO, 2010, p. 66), indubitável é a vontade dos pais em não conceber, pois esta encontra-se demonstrada na escolha dos procedimentos levados a cabo por eles, precisamente nesse sentido.

As ações de *wrongful conception* estão alicerçadas no erro médico que permitiu uma gravidez que se queria evitar, pela falha de um procedimento abortivo ou até a prescrição de métodos contraceptivos ineficazes.

### 1.2 *Wrongful birth*

Nos casos de *wrongful birth* a concepção é desejada, no entanto o nascimento é indesejado pelo fato da criança ser portadora de malformações e deficiências graves nascendo sob severas limitações e os progenitores foram impedidos de exercer a possibilidade de interromper a gravidez (DIAS PEREIRA, 2015, p. 250).

A ação é intentada pelos pais da criança não enquanto seus representantes legais, mas em nome próprio contra profissionais médicos em virtude do nascimento de uma criança não desejada, exigindo uma indenização pelos danos resultantes da gravidez e da educação do filho. Os pais invocam os danos por eles sofridos, sejam de ordem patrimonial ou moral (SIMÕES, 2010, p. 192).

Há uma lesão do direito às informações necessárias para decidir sobre a procriação. Observando que são oferecidos serviços de diagnósticos pré-natal e a lei considera a interrupção da gravidez não punível em determinados casos, a grávida

(leia-se: os pais), tem direito ao funcionamento normal e eficaz desses serviços para obter as informações relevantes sobre o andamento da gestação, de maneira que possa se beneficiar do regime da interrupção voluntária da gravidez (OLIVEIRA, 2005, p.231).

Anterior ao nascimento e à verificação de outros danos no feto, a grávida já sofreu uma diminuição do seu direito à autodeterminação informada, uma lesão provocada pela má prática do médico (OLIVEIRA, 2005, p.231).

A admissão dessas ações reconhece aos pais o direito a uma indenização por violação do direito à autodeterminação, concretamente no que toca ao planejamento familiar (SIMÕES, 2010, p. 193).

Nas ações de nascimento indesejado a concepção é intencional, embora não se diga o mesmo quanto ao nascimento da criança, visto que esta nasce com deficiências e malformações graves das quais, o médico se tivesse atuado de forma competente, teriam os pais optado pela interrupção voluntária da gravidez. A falha médica reside no fato de o profissional médico não ter realizado os exames pertinentes, ou tê-los interpretado de forma incorreta ou mesmo não os ter comunicado (RAPOSO, 2010, p. 62).

A ilicitude é caracterizada quando se verifica a violação do dever contratual de informação e a obtenção de consentimento informado. Violado o dever de informação, retira-se a opção do consentimento da mulher para prosseguir com a gravidez e, isso, evidencia a ilicitude (DUARTE, 2017, p. 23).

Argumenta-se para o alcance dos danos resultantes da responsabilidade civil o fato de que os pais após o nascimento de um filho com malformações encontram-se em situação pior do que aquela em que estariam se a eles tivesse sido dada a circunstância oportuna de escolher pela interrupção da gravidez, bastando, para tanto, o reconhecimento dos custos patrimoniais e pessoais decorrentes do nascimento (GONZÁLEZ, 2014, p. 82).

Nessas ações o nexo de causalidade é vislumbrado ainda que se prove que a mulher grávida não teria realizado o aborto, já que, mesmo aí, a possibilidade de decidir numa direção ou em sentido diferente, a decisão em si lhe foi cerceada (VICENTE, 2009, p. 122 e ss.). Verifica-se a privação da possibilidade de decisão, fundada num consentimento informado.

Assim como na ação por concepção indevida os demandantes são os progenitores e os demandados são o médico ou responsável pela concepção ou

nascimento indesejados. Está alegado o fato de os progenitores terem perdido o direito ao aborto eugênico e, em razão disso, a pretensão de serem compensados pela consequência de terem de criar um filho deficiente (QUEIRÓS, 2016, p. 8).

Quando os pedidos são procedentes os médicos são responsabilizados civilmente por violarem negligentemente, na área da medicina pré-natal a *leges artis* ou por não cumprirem o dever de esclarecimento e informação.

### 1.3 *Wrongful life*

No que diz respeito à ação de *wrongful life* a criança nasce com malformações ou deficiência e ingressa judicialmente em face de quem possibilitou o seu nascimento, mesmo que não tenha provocado diretamente a malformação (RAPOSO, 2010, p. 61-99). Verifica-se, nas típicas ações de vida indevida, a ausência de informação das malformações à mãe/progenitores, já que o médico não causa a malformação.

Isso pode se dar em três situações: quando o médico não informou ou informou defeituosamente os pais sobre a eventualidade da criança sofrer de uma patologia congênita grave; o médico não informa que o feto padece de uma malformação grave; e, pode haver negligência na seleção de um embrião na procriação medicamente assistida, no âmbito do diagnóstico genético pré-implantação (DIAS PEREIRA, 2015, p. 262).

Neste tipo de ação quem demanda o médico ou a instituição hospitalar é a própria criança, ainda que através dos representantes legais, os danos invocados são os decorrentes do próprio nascimento: a vida com deficiência, que não existiria se o médico tivesse sido diligente (SIMÕES, 2010, p. 189).

Na seara das ações por *wrongful life*, distinguem-se dois tipos, conforme a identidade do demandado. As ações instauradas pelo filho em face de um ou ambos genitores que têm como fundamento a procriação concluída contra a indicação médica, contra o “aconselhamento genético” (SIMÕES, 2010, p. 189).

Do comportamento dos pais a criança nasceu fortemente diminuída física e/ou intelectualmente. É o que acontece, por exemplo, nas ações propostas por filhos de mães toxicodependentes, que optam por continuar com a gravidez contra a

indicação médica, ou nas situações de mães que se recusam a realizar tratamentos médicos indispensáveis (SIMÕES, 2010, p. 189).

Na ação proposta pelo filho contra os médicos o fundamento está na ausência de informações dos médicos aos pais, informações consideradas necessárias que teriam levado, em princípio, à interrupção da gravidez, evitando seu nascimento. Esta ação é a típica *wrongful life claim*, que se pretende ver indenizado o dano sofrido pela própria criança por ter nascido com graves deficiências que os médicos não detectaram ou sobre as quais não informaram os progenitores (SIMÕES, 2010, p. 189). O lesado é a própria criança e, por isso, ela figura no polo ativo da ação.

Sublinha-se que as ações de vida indevida podem ser ajuizadas contra os médicos, instituições hospitalares e até mesmo contra os pais, sendo que esta última hipótese é a que gera grandes controvérsias a nível doutrinal e jurisprudencial. (RAPOSO, 2010, p. 61-99), objeto da nossa pesquisa.

Quando esta ação é proposta em face de um ou ambos os genitores, invoca-se o fato destes terem prosseguido com a gravidez, ainda que informados da deficiência ou da enfermidade. A pretensão funda-se num dever parental de evitar o nascimento de uma criança em tais condições (DA SILVA, 2015, pp. 126-127).

A ação baseada no direito de não nascer diz respeito à ação de reparação de danos movida pela própria pessoa deficiente, representada em caso de incapacidade, em face do médico, hospital e, na possibilidade levantada por nós nesta pesquisa, em face dos pais. Justifica-se no fato de que estes escolheram pelo prosseguimento da gestação, não obstante terem sido informados da doença que acometia o nascituro.

Nessa hipótese a reinvidicação se fundaria num suposto dever parental de evitar o nascimento de uma criança deficiente. A legitimidade na ação de vida indevida é do filho que alega ter sido lesado e que sua vida é um dano que reside em ter que existir com uma deficiência, uma malformação que não teria sido gerada se o nascimento não tivesse concretizado, é o dito dano de viver.

Num contexto geral, os termos *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life* são tipos de ações indenizatórias que têm por fundamento a falha médica que resulta em concepção, gravidez ou nascimento indesejado.

Tais denominações inicialmente surgiram nos Estados Unidos da América, mas, frente às particularidades jurídicas deste país - autonomia dos estados-

membros em competência legislativa -, não há unanimidade na nomenclatura dos institutos analisados (NARDELLI e DE SÁ, 2016, p. 152).

Por fim, *wrongful conception* pode ser traduzida literalmente como concepção indesejada ou indevida e tem por fundamento uma falha médica, representada por defeitos nos métodos contraceptivos, cirurgias de esterilização, abortos, entre outros, que resultam com a gravidez que se tentou evitar (SILVA, 2012); *wrongful birth* designa a ação embasada num erro culposo do médico que culminou no nascimento indesejado e os genitores da criança pedem a reparação em nome próprio.

Semelhante é a ação denominada *wrongful life*, já que parte do mesmo fato: uma falha culposa do médico que teve como consequência um nascimento indesejado, mas apresenta-se a própria criança como autora da ação (HOLANDA, 2012), nos casos típicos.

As espécies de ações discorridas por nós neste primeiro capítulo, observadas sua origem –Estados Unidos e França principalmente- já têm relevância em ordenamentos jurídicos que permitem o aborto, o que não é o caso do Brasil, mas o nosso ordenamento prevê determinadas exceções.

Por isso, ditas espécies revelam-se importantes para a reflexão no nosso ordenamento como, por exemplo, nos casos de esterilização malsucedida, anticoncepcionais defeituosos e diagnósticos equivocados de anencefalia (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental-ADPF N. 54) ou dos casos em que o aborto é permitido (NARDELLI e DE SÁ, 2016, p. 154).

Na conjuntura apresentada é possível que se vislumbre pela evolução tecnológica da sociedade novos direitos, ou, em outras palavras, tutela jurídica de danos que antes eram suportados exclusivamente pela vítima. De um lado pela erosão dos pressupostos clássicos da responsabilidade civil e, de outro, pela ampliação de suas definições permitido em certos casos (NARDELLI e DE SÁ, 2016, p. 154).

### 1.3.1 Enquadramento jurisprudencial: origem e casos de destaque de *wrongful life*

Os casos relatados a seguir referem-se a ações emblemáticas em razão do debate criado a partir e em torno delas e, nesse aspecto, o direito viu-se desafiado

na sua incumbência de analisar as questões e através do Judiciário proferir uma decisão.

A possibilidade de um filho reagir contra aquele que possibilitou seu nascimento, mesmo que não tenha dado causa diretamente a malformação ou deficiência reside no dano alegado de que ter que existir com uma deficiência que jamais se teria se não tivesse nascido.

A análise do direito de não nascer é de extrema complexidade e desafiadora no campo do direito, porque envolve o direito civil em termos de responsabilidade de modo a estudar e mensurar nos casos concretos o preenchimento de requisitos da responsabilidade médica, o que não é assunto principal do nosso trabalho. Mas, além disso, seu reflexo se dá no campo específico do direito de família, como se verá no decorrer do trabalho.

A história das ações de *wrongful life* tem seu início nos Estados Unidos da América na década de 60 “aqui ela surgiu e se proliferou, até que chegaria o dia em que atravessaria o oceano para causar inquietação de dores de cabeça nos tribunais europeus” (QUEIRÓS, 2016, p. 10).

No que concerne à vida indesejada, foi nos Estados Unidos em 1963 por um tribunal de Illinois no caso denominado *Zepeda vs. Zepeda* que a questão foi suscitada pela primeira vez. A expressão *wrongful life* generalizou-se em contraposição ao ilícito da *wrongful death* (SIMÕES, 2010, P. 188).

A *wrongful death* é utilizada nas ações em que o pedido tem fundamento na alegação da vida que deveria ter continuado, mas foi colocada a termo (COHEN, 1978, p. 212) e a *wrongful life* passou a se referir às ações que invocassem a vida como um dano.

No caso *Zepeda vs. Zepeda* constata-se a primeira vez que um filho refutou as condições em que se deu seu nascimento. Não estava em causa um “caso típico” do que hodiernamente se associa às ações de *wrongful life*, pois o autor embasou sua pretensão no fato de ser filho ilegítimo, mas esse caso marca o nascimento das ações designadas como vida indevida (DUARTE, 2017, p. 15).

A criança nasceu saudável, contudo alegou que por não ser filho legítimo em razão do pai ter ludibriado a mãe, abandonando-a durante a gravidez, sua vida social e profissional ficou maculada de vários e graves prejuízos e que, pela discriminação e consequência geradas em sua vida, merecia ser ressarcido (RAPOSO, 2010, p. 67).



Pela época em que o fato se deu a sociedade não reconhecia os mesmos direitos aos filhos havidos fora do casamento, concebidos de maneira ilegítima e a alegação base da ação foram os prejuízos causados pela discriminação, entendendo o filho que deveria ser indenizado pelo pai, por esses prejuízos.

Na decisão o tribunal (*Appelate Court de Illinois*) deu como improcedente o pedido da ação fundamentando que “o reconhecimento da pretensão do autor implica a criação de um novo ilícito civil: uma causa de pedir de *wrongful life*. As implicações legais de tal ilícito são vastas e o impacto social seria exorbitante” (DUARTE, 2017, p. 15, cit. 17: *Zepeda v. Zepeda*, 03.04.1963, 41 Ill. App. 2ed 240, 190 N.E. 2ed 849).

Em *Gleitman v. Cosgrove* verifica-se a primeira ação típica de *wrongful life*, acompanhada por uma ação de *wrongful birth*. A mãe durante a gravidez contraiu rubéola e a enfermidade foi diagnosticada na gravidez, contudo o médico responsável informou que não haveria qualquer prejuízo ao feto, mas o filho nasceu com diversas malformações. O tribunal de New Jersey, considerando que é inata à condição humana a procura da vida e que não é necessária a perfeição para que uma vida seja valiosa, negou o direito ao autor a uma indenização por considerar impossível operar uma comparação entre a vida com deficiência e o “absoluto vazio da não existência” (DUARTE, 2017, p. 16).

Quanto à pretensão dos pais (no pedido de *wrongful birth*), o fundamento da improcedência também foi a impossibilidade de comparação, agora entre os “intangíveis, imensuráveis e complexos benefícios da maternidade e da paternidade” e os “alegados danos emocionais e patrimoniais” (DUARTE, 2017, p. 16, cit. 18: *Gleitman v. Cosgrove*, 06.03.1967, 49 N.J. 22, 227 A. 2d 689).

O que se extrai da decisão em comento é que os fundamentos da improcedência na circunstância apresentada deram-se por razões de ordem pública e pela incapacidade de identificar o dano diante da preciosidade da vida.

A Corte julgou improcedente a ação justificando que a criança não sofreu nenhum dano reconhecido pela lei, portanto não cabível de indenização, pois difícil ou até mesmo impossível medir os danos e compará-los com o valor da vida e de sua existência (RAPOSO, 2010, p. 68).

Também no direito norte-americano no caso *Curlender v. Bio-Science Laboratories* os pais da autora fizeram testes genéticos no laboratório de análise

clínicas da ré cuja destinação era saber se carregavam os genes causadores da doença Tay-Sachs (DUARTE, 2017, p. 16).

Os resultados entregues foram negativos, no entanto, após o nascimento a criança foi diagnosticada com a doença referida. Como consequência da informação que receberam os pais optaram pelo prosseguimento da gravidez, nasce então Shauna Curlender, com esperança de vida de quatro anos, atraso mental, convulsões, apatia, perda de capacidades motoras, cegueira, atrofia muscular etc (DUARTE, 2017, p. 16, cit. 19: *Curlender v. Bio Science Laboratories*, 11.06.1980, 106 CAL. App. 3d 811, 165 Cal. Rptr.477).

O caso chegou a Suprema Corte da Califórnia que decidiu favoravelmente ao pedido da ação intentada pelos pais de Shauna, apontando que os danos deveriam ser calculados com a finalidade de compensar a dor e o sofrimento a ser suportado pelo tempo de vida limitado disponível para uma criança e qualquer perda pecuniária especial resultante da condição de deficiente (JACKSON, 1995, p. 541).

No processo de *Becker v. Schwartz* a demandante foi acometida pela síndrome de *down* e alegou negligência do médico por não informar os pais dos riscos de problemas genéticos em filhos nascidos de mulheres com mais de trinta e cinco anos, além da disponibilidade de provas para detectar a existência de tais enfermidades. O Tribunal de Apelação de Nova Iorque reformou a decisão que havia julgado procedente, sob a alegação de que a demandante não sofria nenhum dano legalmente reconhecível (YÉGÜES, 2001, p. 249).

Na decisão do tribunal o julgado explicitou que a questão de saber se seria melhor nunca ter nascido do que ter nascido com graves deficiências é um mistério que deve ser deixado aos filósofos e teólogos. Não é competência do direito resolver essa questão, particularmente levando-se em consideração que há consenso no direito e na sociedade sobre o valor da vida humana, comparada com a sua ausência (NETO, 2012, p. 28, cit. 58: *Becker v. Schwartz*, 46 N.Y.2d 401, 413 n.y.s.2D 895, 900, 386 n. e.2D 807, 812,1978).

Ocupa destaque o *arrêt Perruche*: decisão da *Court de Cassation* francesa, porque pela primeira vez na França um tribunal superior concedia uma indenização à criança deficiente pelo fato de ter nascido, ocasionando reações e discussões na sociedade sobre a deficiência, eugenia, delimitação de vida indigna que não valerá ser vivida.

Em 1997, o *Conseil d'Etat* francês (órgão de cúpula da jurisdição administrativa francesa, competente para julgar demandas contra entes públicos) não deu trânsito a uma demanda por *wrongful life*. Porém, a Corte de Cassação enveredou por outro caminho.

Em julgamento extraordinariamente polêmico o conhecido Caso Perruche, cujo julgamento final, pela *Assemblée Plénière da Cour de Cassation*, ocorreu em 17.11.2000, a mais alta Corte de Justiça francesa reverteu a decisão da instância inferior e concedeu uma indenização a um deficiente, com dezessete anos, por ter nascido cego, surdo, mudo, cardiopata e com grave retardo mental, porque o laboratório e o médico não detectaram a rubéola da mãe, durante a gravidez (NETO, 2012, p. 185).

No acórdão a Corte de Cassação firmou o entendimento de que (NETO, 2012, p. 185):

Uma vez que as condutas culposas cometidas por um médico e um laboratório a execução de contratos celebrados com uma mulher grávida a impediram de exercer seu direito de escolha de interromper a gravidez a fim de evitar o nascimento de uma criança acometida de um *handicap*, esta última pode demandar a reparação do prejuízo resultante de seu *handicap* e causado pelas aludidas condutas culposas.

O acórdão em comento sofreu fortes críticas pelos juristas por não trabalhar racionalmente o pressuposto do nexo causal. Foi dito que não existe nenhum vínculo de causalidade entre a culpa do médico e o *handicap* da criança. O único prejuízo realmente causado pela culpa do médico foi o nascimento da criança, já que a falha médica não possibilitou sua mãe de optar pela interrupção da gravidez (NETO, 2012, p. 185).

Contudo, a Corte de Cassação, voltando a apreciar o tema, em julgamento ocorrido em 28 de novembro de 2001, insistiu que “*le préjudice de l'enfant n'est pas constitué par une perte de chance mais par son handicap*”, ou seja: que o dano sofrido pela criança não consistia na perda da chance de não ter nascido, mas pelo seu próprio *handicap* (NETO, 2012, p. 185).

Registra-se que a comovente reação social levou o legislador a editar a Lei nº 303, de 4 de maio de 2002, que veio a estabelecer que, em nenhum caso, o nascimento de uma pessoa pode servir de fundamento para pleitear danos.

No entanto, a lei continua a permitir que a criança possa demandar os médicos ou laboratórios pelos danos que eles possam ter diretamente causados, por sua culpa, bem como a permitir que os pais possam obter dos médicos ou laboratórios a indenização dos seus próprios prejuízos, por não terem eles detectado problemas com o feto e, deste modo, inviabilizarem a opção pelo aborto. Quanto à repercussão econômica de ter de criar um filho gravemente deficiente, ao longo de sua vida, tais danos deveriam ser suportados, conforme a lei, pelo sistema de assistência social (NETO, 2012, p. 186, cit. 62: Loi n. 2002-303, du 4 mars 2002).

Na Alemanha, o primeiro caso que chegou ao conhecimento da Corte Federal de Justiça (BGH – *Bundesgerichtshof*) ocorreu em 1983. A ação foi movida pelo filho e pelos pais, alicerçada nos graves problemas de saúde da criança, causados pela rubéola de sua mãe, nos primeiros meses da gravidez. O pedido deu-se em face do ginecologista que procedeu o atendimento à mãe, por não ter ele detectado a rubéola e, conseqüentemente, não ter sido oportunizada ao casal a escolha pelo aborto (NETO, 2012, p. 185).

Em primeiro grau de jurisdição, a demanda do filho foi rejeitada, concedendo-se, todavia, uma indenização aos pais (*wrongful birth*). Em grau de recurso, rejeitou-se o apelo do filho, dando-se provimento ao recurso do réu para afastar também a pretensão dos pais. O BGH, contudo, manteve a decisão de rejeição da pretensão indenizatória em relação ao filho, mas cassou a decisão em relação aos pais, reconhecendo a eles direito a indenização (NETO, 2012, p. 186).

Esse acórdão é interessante, pois faz extensas considerações sobre *wrongful life* e *wrongful birth*, inclusive analisando a situação no direito comparado. A decisão faz referência a outra que igualmente rejeitou a figura do *wrongful life*, da *Court of Appeal* inglesa (de 19.02.1982 – McKay v. Essex Health Authority and Another – 2 WLR 890).

Mencionou-se que, após essa decisão, foi promulgada lei na Inglaterra, impossibilitando esse tipo de pretensão. Referiu, outrossim, que nos Estados Unidos a opinião predominante é no sentido da rejeição de tal pretensão, citando o caso *Curlender v. BioScience* (já exposto) da Suprema Corte da Califórnia (NETO, 2012, p. 186).

Ainda, referiram que os doutrinadores alemães estão divididos a respeito, mas indicando que a maioria rejeita essa espécie de pretensão. O fundamento básico da decisão se dá na perspectiva de que a vida é um bem que merece

proteção absoluta, pouco importando o valor que a própria pessoa, ou alguém por ela, dá àquela vida (NETO, 2012, p. 187).

Na mesma interpretação do caso alemão supracitado, na Espanha não se reconhece a figura do *wrongful life*, a partir do caso julgado em 5 de junho de 1998. Esse entendimento tem sido reiterado, como se vê da sentença proferida em 23 de novembro de 2007, em que foi julgada a falta de informação do médico sobre as possibilidades de utilização de técnicas de prevenção de enfermidades em idade avançada durante a gravidez, tendo em vista que gestantes com idade avançada têm mais riscos de desenvolver problemas tanto para elas quanto para os bebês (NETO, 2012, p. 187).

Na jurisprudência holandesa o caso de destaque refere-se ao Baby Kelly, em que os pais de Kelly Molenaar haviam informado o médico da possibilidade de a criança nascer com deficiências, em razão do fato de um parente do pai sofrer de uma doença provocada por anomalia cromossômica. Sendo ignorada a informação pelo médico a criança nasceu com deficiências físicas e mentais e, por isso, os pais pleitearam indenização em nome próprio e também em nome da própria criança (GONZÁLEZ, 2014, pp. 43-44).

O *Hoge Raad Nederlanden* em decisão proferida na data de 18 de março do ano de 2005 considerou que existiam danos que atingiam não apenas os pais como também Kelly, o hospital e o médico foram responsabilizados pela violação do direito da mãe de recorrer ao aborto, condenados por danos patrimoniais e não patrimoniais (GONZÁLEZ, 2014, p. 43-44). Considerou-se o impacto das deficiências no cotidiano e o sofrimento que as limitações acarretaram.

O ordenamento jurídico português confrontou-se com as pretensões indenizatórias de *wrongful life* e o Supremo Tribunal de Justiça pronunciou-se em duas ocasiões (nos anos de 2001 e 2013) rejeitando o pedido de indenização da criança.

Na primeira ocasião Ovar André Filipe nasceu com malformações nas duas pernas e mão direita. Alegou-se que o médico ignorou o fato de que o quadro clínico da mãe já era problemático por ser portadora de uma malformação uterina, não pedindo por exames mais específicos e que a negligência médica, a falta de atuação mais cuidadosa, permitiram o nascimento do autor (QUEIRÓS, 2016, p. 19-20).

O pedido de *wrongful life* foi negado com fundamento de que o que se estava em causa era um direito à não existência, algo não tutelado pelo ordenamento jurídico português (QUEIRÓS, 2016, p. 19-20).

Ficou explicitado no julgamento que a própria vida não pode constituir um dano e por consequência ser ressarcível. Mais dois outros pontos foram elencados: mesmo que existisse um direito à não existência, este só poderia ser exercido pelo filho, quando de sua maioridade se, eventualmente, concluísse que sua vida era indigna e se merecedor de tutela jurídica e de possível indenização; por fim, que é impossível fazer a avaliação do dano, pois este consiste na diferença entre a não existência e a vida com deficiência (QUEIRÓS, 2016, p. 20).

Quase uma década depois precisou o STJ pronunciar-se mais uma vez sobre uma pretensão de *wrongful life*, no entanto, desta vez, acompanhada de um pedido de indenização por *wrongful birth*.

Neste caso, semelhante ao discorrido, a criança nasceu com malformações, sem mãos, nem braços, deformação dos pés, da língua, do nariz, das orelhas, da mandíbula e do céu da boca. Segundo argumentos dos pais, a mãe sempre realizou as ecografias requisitadas e as informações eram de que o bebê estava perfeitamente saudável. A forma de agir do médico responsável permitiu que a mãe gerasse um feto com profundas deficiências sem que disso tivesse conhecimento o que naturalmente lhe retirou a possibilidade de interrupção da gravidez (QUEIRÓS, 2016, p. 21).

Os fundamentos dessa decisão deram-se de acordo com aquela anterior de 2001, mas, apesar da improcedência do pedido de uma indenização realizado pela criança, representada pela mãe, o Supremo Tribunal de Justiça julgou procedente o pedido indenizatório dos pais, tanto por danos não patrimoniais como também por danos patrimoniais, considerando as despesas que uma criança naquelas condições acarretariam, quanto aos tratamentos médicos, próteses e educação especial (QUEIRÓS, 2016, p. 22).

Diante do cenário apresentado nas decisões vê-se que os ordenamentos jurídicos apreciados, em sua maioria, rejeitam as pretensões de *wrongful life*.

Todavia, a pretensão de *wrongful life* merece uma reflexão aprofundada porque a proposição deste tipo de ação potenciou-se pelos avanços da tecnologia e da medicina, pelas mudanças sociais e legais ocorridas.

A análise da história genética dos pais possibilitando a previsão de doenças, também a questão dos direitos da personalidade, da dignidade da pessoa humana e o direito de procriar deram importância ao tema.

Por isso, após as definições e contextualização das *wrongful actions* e dos julgados de *wrongful life*, nos capítulos que seguem serão abordados o direito de não nascer e as consequências dele advindas, com seus argumentos prós e contras para, enfim, aventarmos, em sua contraposição, a teoria da ancestralidade no direito de família.

## 2 DIREITO DE NÃO NASCER

Num cenário em que a ciência e a tecnologia avançam rapidamente o aconselhamento genético, assim como o pré-natal seja por realizações de exames invasivos ou não invasivos, mas que estimam com alta fiabilidade anomalias cromossômicas, trazem à tona assuntos diretamente ligados ao Direito de Família.

O progresso da tecnologia e da ciência mudou o mundo e a sociedade. O aumento da complexidade coloca o indivíduo frente a novos desafios e obriga o direito a um alargamento que acompanhe o desenvolvimento científico, bem como as mudanças nos usos e costumes (SILVA, 2015, p. 123).

Com a evolução científica e tecnológica, a partir das pesquisas e inovações científicas, começaram a ser suscitadas de maneira nova antigas questões.

Observadas a evolução das técnicas na área da medicina, especificamente das técnicas de diagnósticos pré-concepcional e pré-natal, o diagnóstico de doenças congênitas antes do nascimento da criança foi se aprimorando. Através do aconselhamento genético é possível tratar problemas que se associam ao risco de uma patologia genética e identificar malformações de que o feto padeça (SILVA, 2015, p. 123).

É na pretensão de *wrongful life* que se depara com uma relevante consideração: a admissibilidade ou não da invocação do direito à não existência, bem como se tal pretensão deve ser admitida e, portanto, suscetível de indenização (SILVA, 2015, p. 123).

O direito de não nascer trata de uma pretensão exercida através de *wrongful life* que busca ver admitido o ressarcimento do dano pessoal de ter nascido, analisado por nós neste trabalho tal pretensão em face dos genitores.

Edifica-se em argumentos valorativos como o direito de nascer mentalmente e fisicamente saudável e o direito à não existência.

Diante disso, para o sistema jurídico é importante analisar se essas situações de *wrongful life* podem ser tuteladas na realidade brasileira e aos profissionais do direito cabe enfrentar a possibilidade de pretensões pela vida indevida.

O direito depara-se com questões que se referem à quantificação do valor da vida. Analisa-se se uma vida com deficiência é menos valiosa do que uma vida sem deficiência, a autonomia dos pais e, se a decisão dos genitores por terem um filho



com deficiências ou malformações foi irresponsável ou negligente, capaz de gerar uma responsabilidade no campo jurídico.

O direito à não existência exercido em face dos pais baseia-se num dever parental de evitar o nascimento de um filho que irá nascer com malformações, deficiências, enfermidades, condicionando uma vida digna à perfeição ou ausência de sofrimentos, a ponto de preferir não existir.

Considerar as alegações mencionadas vai de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana, da afetividade inerente ao direito de família que, diga-se de passagem, não se vincula à perfeição da saúde física e mental dos indivíduos. Colidem, ainda, com a autonomia dos pais, com o poder-dever parental e com a vida enquanto um bem, valor protegido juridicamente.

Há de ser considerada a liberdade de procriar enquanto liberdade pessoal, direito fundamental à liberdade, seus limites e a dignidade da pessoa humana. A procriação no sentido de família, perpetuação da espécie, pois juntamente com os filhos nascem as relações sociais e jurídicas.

Remete ainda ao assunto da esterilização eugênica para impedir a transmissão de doenças hereditárias, graves ou contagiosas, prevenindo uma eventual prole com deficiências, inválida ou inútil. Que, se compulsória, viola o princípio primado da vida humana: o da dignidade.

Nós abordamos neste trabalho o direito de não nascer quando existente a informação pelos médicos e, portanto, a consciência dos pais que, mesmo diante de um diagnóstico de malformações e anomalias, decidem pelo nascimento.

Reflete-se sobre a possibilidade do filho ingressar com um pedido na justiça em face dos genitores. Os demandados são aqueles que escolheram pelo prosseguimento da gravidez e nascimento, sabendo da existência de enfermidade e limitações.

As questões correlatas ao direito de não nascer, como a bioética, os argumentos a favor e os contrários nos permitiu pensar sobre a admissão ou não do direito de não nascer no direito brasileiro.

Dita reflexão gerou em nossos estudos a possibilidade de ser reconhecida uma espécie de negligência perante o futuro filho. Disso, conseqüentemente, nos permitimos elaborar uma teoria como se verá no terceiro e último capítulo.

## 2.1 Bioética, direitos fundamentais e o direito de não nascer

Por alcançarem a discussão trazida, nos propomos a apontar as questões correlatas, lembrando que não estão aprofundadas no presente trabalho, pois dada a importância delas, são merecedoras de uma dissertação própria.

Se o avanço da tecnologia na medicina possibilita diagnósticos capazes de prever deficiências inerentes a uma “vida ainda intrauterina”, esse mesmo avanço permite vislumbrar eventual opção pelo prosseguimento ou não de uma gravidez e então um nascimento indevido.

Num outro viés, aparece a busca pela perfeição, um incessável desejo de uma vida perfeita de modo que essa conclusão leva a crer que somente pessoas completamente saudáveis teriam vidas justas ou dignas de serem vividas. Nesse quadro de ideias surgem a bioética e biodireito.

Sobre a bioética (DIAFÉRIA, 1999, p. 84):

(...) um neologismo derivado das palavras gregas *mos* (vida) e *ethike* (ética). Pode-se defini-la como sendo o estudo sistematizado das dimensões morais - incluindo visão, decisão, conduta e normas morais - das ciências da vida e da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto interdisciplinar.

Ainda: (DINIZ, 2002, p. 9)

(...) seria então uma nova disciplina que recorreria às ciências biológicas para melhorar a qualidade de vida do ser humano, permitindo a participação do homem na evolução biológica e preservando a harmonia universal. Seria a ciência que garantiria a sobrevivência na Terra, que está em perigo, em virtude de um descontrolado desconhecimento da tecnologia industrial, do uso indiscriminado de agrotóxicos, de animais em pesquisas ou experiências biológicas e da sempre crescente poluição aquática, atmosférica e sonora.

Ao lado da Bioética percorre o Biodireito e ambas disciplinas consideram questões sobre as quais não há consenso, como a participação de seres humanos em ensaios clínicos; a reprodução assistida; o aborto; a clonagem humana; a terminalidade da vida; a eutanásia; a ortanásia; a distanásia; os transgêneros; pesquisas com células troncos entre outros (CHAVES, 2018, p.8).

As questões relativas à Bioética são complexas, porque trata-se de questões científicas, filosóficas, econômicas e jurídicas, da qual a interdisciplinaridade é notória (SANTOS, 2001, p. 116).

Com o desenvolvimento biotecnológico aparece o Biodireito na direção de criar parâmetros legais no que concerne aos temas de bioética. Nessa visão (FABRIZ, 2003, p. 288):

O Biodireito surge na esteira dos direitos fundamentais e, nesse sentido, inseparável deles. O Biodireito contém os direitos morais relacionados à vida, à dignidade e à privacidade dos indivíduos, representando a passagem do discurso ético para a ordem jurídica, não podendo, no entanto, representar “uma simples formalização jurídica de princípios estabelecidos por um grupo de sábios, ou mesmo proclamado por um legislador religioso ou moral. O Biodireito pressupõe a elaboração de uma categoria intermediária, que se materializa nos direitos humanos, assegurando os seus fundamentos racionais e legitimadores.

É preciso que sejam estudadas as relações jurídicas e avanços tecnológicos conectados à medicina e à biotecnologia. A Bioética (CHAVES, 2018, p. 8) realiza o estudo transdisciplinar entre as ciências da saúde, as ciências biológicas, a filosofia e o direito, que investiga condições necessárias para uma administração responsável da vida humana, animal e ambiental. Uma conexão entre as culturas científica e humanística.

O Biodireito seria a positivação jurídica de permissões de comportamentos médicos científicos, e de sanções a serem aplicadas pelo descumprimento das normas (CHAVES, 2018, p. 8).

Da correlação entre a Bioética e o Direito nasce uma apresentação problematizada das novas situações da vida dos homens, decorrentes dos avanços e conquistas de novas biotecnologias e até então não previsíveis e que carecem da atenção e do apreço do jurista, no sentido de lhes dar os limitadores contornos legais, pois que indispensáveis à concretização da sobrevivência humana, dentro dos padrões da dignidade e da ética (HIRONAKA, 2001, p. 8).

O Direito, assim voltado a organizar as liberdades decorrentes das dimensões biotecnológicas que sem cessar despontam, bem como voltado à sua função de revisor e guardião de valores fundamentais da esfera humana, se estrutura e opera sob sua nova ordem, vale dizer, sob a denominação de Biodireito (HIRONAKA, 2001, p. 8-9).

O duo inicial promovido pelo bio e pela ética se pluraliza, se reforça e se redesenha neste viés jurídico que se revela, disponibilizado à garantia da preservação da dignidade humana e da dignidade da própria humanidade, num último assento. Como lidar com estes referenciais novos, tendentes a valorar, limitar

e regular a casuística, surpreendente e inusitada, que resulta dos avanços biomédicos e biotecnológicos? (HIRONAKA, 2001, p. 8-9).

Nesse sentido (HIRONAKA, 2001, p.9) pelo lado da preservação de direitos, atualmente lida-se tanto com o tema da preservação do direito do nascituro ao nascimento, com o do direito da gestante à prática do aborto e preservação da sua própria qualidade de vida.

O desenvolvimento das ciências da vida fez aparecer diversas questões que promoveram uma aproximação entre a Ética e o Direito. Permitiram a interferência humana em processos que antes eram exclusivamente naturais.

O encontro entre direito e ética se perfaz, num primeiro plano, na Constituição, se observados que valores morais se convertem em princípios jurídicos. A partir daí se irradiam pelo sistema normativo, condicionando a interpretação e aplicação de todo o direito infraconstitucional (BARROSO, 2007, p. 247).

Se a ética for definida como o estudo do comportamento do homem em sociedade, combustível que abastece a sobrevivência humana no planeta, com senso de dignidade e da responsabilidade de uns para com os outros (CONTI, 2004, p. 03), é possível que se diga que a dignidade ali referida é aquela cujo valor se converteu em princípio jurídico de máxima importância, prevista no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, reconhecida como fundamento da República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana.

Do encontro entre ética, direito e avanços biotecnológicos surgiram outros ramos do conhecimento humano: a Bioética e o Biodireito.

O entrecruzamento da ética com as ciências da vida e o progresso da biotecnologia provocou uma radical mudança nas formas tradicionais de agir dos profissionais da saúde, atribuindo nova imagem à ética médica, originando um novo ramo do saber, qual seja, a bioética (DINIZ, 2006, p. 6).

O recente debate configurador da denominada bioética encontra-se no campo da deontologia médica e jurídica, em confronto com a dignidade do homem (SEMIÃO, 2000, p. 165).

Não se trata de encontrar uma nova ética na bioética, mas sim, de utilizar-se da velha ética aplicada a cada questão particular que vier a surgir com o desenvolvimento das novas tecnologias (OLIVEIRA, 2008, p.45).

Os problemas bioéticos envolvem as dimensões do poder, que se demonstram como produto da dominação humana sobre seres humanos e coisas. O poderio tecnológico causa riscos inteiramente inéditos e inapreensíveis. Animado pelas várias e constantes descobertas, encontra-se fadado ao inevitável ir adiante (FABRIZ, 2003, p. 94).

Uma das aplicações relevantes das pesquisas com o genoma é o intitulado teste genético. Por meio dele é possível identificar em famílias o risco de desenvolvimento de doenças através daquele que é portador de um gen suscetível ou, ao contrário, aquele que se encontra livre do mesmo (SÁ, 2006, p. 11).

Assim como a maioria das descobertas, os testes genéticos trazem benefícios e limitações, ocasionando inúmeras inquietações. Os diagnósticos pré-implantatório e pré-natal podem ser de grande ajuda para a precaução de doenças e, também, em certos casos, para a sua cura (SÁ, 2006, p. 12).

Ainda servem para que o casal possa tomar uma decisão responsável sobre ter ou não um filho que pode vir a nascer com problemas físicos e/ou mentais. Eis as benesses do consentimento livre e esclarecido: uma decisão responsável (SÁ, 2006, p. 12) que pode servir de embasamento no suposto direito de não nascer.

Mas o projeto parental encontra outros impactos, pois, se por um lado os pais podem pretender a manipulação genética para evitar doenças hereditárias de natureza grave em seus filhos, o que, a princípio, não levantaria objeções por estar-se diante da “eugenia negativa”, lado outro, podem pretender a manipulação genômica para a prática de “eugenia positiva”. E isso ocorrerá, por exemplo, quanto à pretensão de manipulação para escolha do sexo e qualidades da futura pessoa (SÁ, 2006, p. 12).

Quanto à eugenia, vista sobre seus dois tipos (HABERMAS, 2014, p. 154 ss), tem-se que o efeito da eugenia negativa seria horizontal porquanto apenas limita o *status* da futura pessoa, e, assim, poderia ser compreensível, para determinadas situações, na medida em que elimina a possibilidade de sofrimento predeterminado de uma futura criança, em razão de doença congênita.

À eugenia positiva, atribui-se efeito vertical, entendido como a busca da construção de uma futura pessoa intencionalmente projetada pelos pais, ou por cientistas em busca do pretense aprimoramento da raça humana (HABERMAS, 2014, p. 154 ss).

Na complexidade das questões que envolvem o valor da vida, cabe na reflexão o pensamento sobre o projeto de genoma humano (SIMIONI e SOARES, 2018, p. 512):

Ambivalente como toda tecnologia, o PGH gera tanto a perspectiva de curar doenças e melhorar as condições da vida humana quanto a perversa possibilidade de uma seleção eugênico-liberal. Mas, diferente das tecnologias que atuam na esfera das próteses e de bens de consumo externos à vida humana, as inovações viabilizadas pelo PGH permitem inscrever um sistema de discursividade sobre o próprio DNA do ser humano. Especialmente em países de modernidade periférica como o Brasil, a garantia da autonomia e da liberdade de escolha de padrões físico-biológicos é problema relevante para a bioética e o biodireito. Isso porque esses padrões, construídos e reproduzidos nos discursos da sociedade, são historicamente estruturados por relações de poder. Portanto, não se trata apenas de garantir a liberdade, privacidade e intimidade das informações genéticas, mas de participar da própria definição dos conceitos de vida digna, saúde, beleza estética e performance no trabalho que queremos para o futuro.

Tem valia, diante das evoluções e na ausência de legislação específica, investigar a questão de se as técnicas que possibilitam os diagnósticos genéticos pré-natais ultrapassaram os limites do tratamento terapêutico ou se realçam a seleção e aperfeiçoamento genético da espécie humana.

Verifica-se a iminência de uma crise ética porque a manipulação genética pode interferir na construção da identidade de cada um. Tal afirmativa pode parecer ao leitor de um pessimismo exagerado, já que a biotecnologia, a serviço do ser humano, tem como pressuposto a busca do aprimoramento da condição humana (SÁ, 2006, p. 12).

Não restam dúvidas de que as pesquisas são necessárias, já tendo sido registrado grande avanço, como o próprio domínio do genoma humano. Mas, a inquietação existente é com os rumos que estas mesmas pesquisas poderão tomar, resultando em prejuízos ao próprio protagonista do processo, porque pode ser instrumento de discriminação, de busca ilimitada de lucros e de implantação de poderes autoritários (SÁ, 2006, p. 12).

No que concerne à Bioética, Biodireito e Biomedicina, demonstram-se a perspectiva pela qual os discursos sociais dialogam-se, isso porque, é sabido que a socialização dos indivíduos se dá por meio desses discursos e dentre os inúmeros que podem ser citados, acredita-se que os que mais se destacam são os discursos médico e jurídico (SÁ e TEIXEIRA, 2006, p. 235).

Os discursos médico e jurídico são os protagonistas principais da vida moderna (BROEKMAN, 1998, p. 14) e isso importa para a Bioética, já que o pensamento ético também procura influenciar o processo de socialização ao lançar a ideia, por exemplo, da autonomia pessoal. Daí a importância de apontar algumas reflexões sobre o homem socializado em seus diversos contextos: ético, biojurídico e jurídico-familiarista (SÁ e TEIXEIRA, 2006, p. 235-236).

Frente às inovações trazidas pela Biotecnologia, deve-se refletir sobre a pessoa humana nesse contexto evolutivo, assim como as repercussões de tais mudanças não apenas em sua vida pessoal, mas em seu contexto de relações, o que inclui as relações mais íntimas: aquelas travadas no âmbito da família (SÁ e TEIXEIRA, 2006, p. 235-236).

Os discursos jurídico, ético e médico colocam na vida concreta os pontos de vista e significados de um corpo fisiológico, portanto, fazem parte de situações como o nascer, o morrer, uma intervenção cirúrgica ou um padecimento crônico (SÁ e TEIXEIRA, 2006, p. 237-238).

O Direito, a Ética e a Medicina expressam valores fundamentais da nossa cultura e afiguram-se instituições sociais. A maneira própria de cada um propor problemas designa uma visão institucionalizada da realidade (SÁ e TEIXEIRA, 2006, p. 237-238).

Dos pensamentos discorridos indagamos se o Código de Ética Médica é norma prioritariamente ética ou jurídica.

Entende-se que se trata de uma expressão juridicizada dos princípios bioéticos, na qual a consequência pelo descumprimento de obrigação é jurídica. Nesse sentido, é norma jurídica, ainda que se tenha consciência que esta contém valores éticos e sociais, cujo fim é a realização da justiça (SÁ e TEIXEIRA, 2006, p. 237-238).

O futuro da Bioética e do Direito interliga-se aos novos deveres-direitos humanos, que por sua vez apoiam-se nos princípios e valores constitucionais, com destaque para os deveres (BARACHO, 2000, p. 77).

Quanto ao objeto principal do nosso estudo, se existe um erro inerente à vida, que precede ao próprio diagnóstico, quem seria o responsável pelo dano de ter nascido?

O ordenamento jurídico poderia definir os pais como responsáveis pelo nascimento de seu filho deficiente e indigno de viver, através de um direito de não nascer?

As temáticas relativas ao aborto e à eutanásia, sem tentar, qualquer análise melhor a respeito ou em busca de solução, estão presentes. Ambos assuntos não são de interesse somente das pessoas ou das famílias diretamente envolvidas nos angustiantes casos concretos, relativos a problemas de gestação ou a problemas ligados à continuidade da própria vida (HIRONAKA, 2001, p. 14).

Os temas pelas consequências que podem acarretar interessam à coletividade, verificada a invasão da esfera ampliada dos interesses gerais. Pois, a solução e o conhecimento desses casos dependem da atuação mais consciente e sempre perita de diversas pessoas incluindo, principalmente, a família envolvida em cada caso (HIRONAKA, 2001, p. 14).

Imprescindível tratar as questões da Bioética como assuntos que podem afetar a todos, a qualquer momento. E, mais do que isso, mais do que numa atitude preventiva urge que se conheçam os temas da Bioética como uma maneira de conhecer a própria concepção de vida, de vida digna, de vida que vale a pena ser vivida (HIRONAKA, 2001, p. 14).

No conjunto das questões expostas, pensar sobre o diálogo dos discursos ético, médico e jurídico é necessário, porque atingem assuntos como a dignidade da pessoa humana, o direito à procriação, autonomia e liberdade nas decisões privadas, planejamento familiar (projeto parental) sob a intenção de se constituir uma família pelos laços de afetividade.

Ainda: diante desses assuntos, de que modo a decisão dos pais, a afetividade, a busca pela perfeição e a ideia de dignidade da vida se entrelaçam? Qual alvedrio seria o correto, o mais justo, o mais bem embasado?

Se o que está indagada é a possibilidade de reparação dos pais ao filho pelo fato de ter nascido, pela violação de seu direito de não nascer, tem-se que esse suposto direito surge da pretensão em que haveria uma relação direta entre a decisão dos pais e o dano que é a própria vida.

Presume-se, assim, não a opção, mas, a obrigação pelo aborto, já que houve a informação devidamente cumprida por parte da medicina e que, agora, alcança o jurídico.



Causa estranheza dizer sobre alguns direitos, antes não pensados e, por isso, pertinente a questão correlata que segue acerca da responsabilidade.

Consideram-se três séries de fatores indicadas como tendo contribuído para o desenvolvimento da responsabilidade civil na modernidade: fatores econômicos: os efeitos da Revolução Industrial, a partir do século XIX, fez com que fossem multiplicados os riscos e os acidentes, o que somente aumentou posteriormente, com o advento da sociedade de consumo, uma sociedade que tem pressa. Ao aumento dos riscos correspondeu um aumento da responsabilidade civil, que posteriormente sofreu a concorrência do sistema de seguros, seguridade social e fundos de indenização; fatores sociais (entre eles a valorização da segurança pessoal, valorização da própria pessoa e de seus direitos enquanto ser humano) e fatores intelectuais (declínio do individualismo, advento de uma ideia de socialização da responsabilidade, absorção da ideia de que às vezes é mais conveniente impor a responsabilidade a quem está em melhores condições de suportar os danos do que insistir em impô-la tão somente a quem agiu com culpa) (FACCHINI NETO, 2012, p. 158).

Há, também, o apontamento de três concepções sobre a evolução da responsabilidade civil: a clássica, ou romana, que via no dano, a ruptura do equilíbrio entre pessoas e, na sua reparação, o retorno da justiça; a moderna, desenvolvida entre os séculos XVII a XIX, recepcionada no *Code Civil* francês, que agrega pautas moralistas e exige a presença de uma culpa; a contemporânea, trabalhada nos últimos cinquenta anos, identificada pela atipicidade das hipóteses que a engendram e pela diversidade dos fatores de imputação. A última, ao penetrar no terceiro milênio, mostra-se ainda menos individualista e mais solidarista (ITURRASPE, 2004, p. 13-14).

Aponta-se como uma das características dessa última fase a proteção mais incisiva da pessoa humana. Principalmente a partir do segundo pós-guerra, tendo em vista a elevação e a consolidação do princípio da dignidade da pessoa humana, em todos os ordenamentos jurídicos passou-se a conferir uma maior proteção do ser, relativamente ao ter (FACCHINI NETO, 2012, p. 158).

Os antigos ordenamentos jurídicos protegiam somente a propriedade, ao passo que contemporaneamente, ao lado desta, merecem tutela as emanções da personalidade humana (FACCHINI NETO, 2012, p. 158-159).

Nos sistemas jurídicos passou-se a reconhecer, como interesse jurídico tutelável pela responsabilidade civil, a dor, o sofrimento e, como consequência, o reconhecimento dos denominados danos morais, *dommage moral*, *danni soggettivi*, *pain and suffering*, *schmerzensgeld*. Posteriormente, se começou a conceber que, independentemente da dor e do sofrimento, outros danos extrapatrimoniais deviam ser tutelados, como os danos biológicos, existenciais, danos ao projeto de vida, *préjudice d'agrément*, dentre outros FACCHINI NETO, 2012, p. 159).

Costurando a relação dos “novos” direitos à questão do projeto parental aponta-se o papel da Medicina no que diz respeito à consecução da saúde reprodutiva, disponibilizando meios que possibilitem uma procriação mais segura. No decorrer de uma gestação a área médica propicia exames capazes de detectar anomalias fetais, através dos diagnósticos pré-natais.

Os exames têm finalidades como: preparar os genitores sobre a saúde do feto; permitir, quando possível, o tratamento do feto; indicar o modo mais adequado para realização do parto; determinar tratamento a ser dirigido ao recém-nascido etc. Nos ordenamentos jurídicos que permitem o aborto o diagnóstico de uma deficiência fetal incurável possibilita o seu exercício (HOLANDA, 2012, p.2).

Observados os avanços da medicina, destacada a análise genética, a aferição de doenças e a possibilidade de um aborto, discute-se a responsabilidade civil decorrente de *wrongful life*, da pretensão que se alicerça num direito de não nascer.

Diante disso existe a temática da responsabilidade civil, pensar se estariam presentes no pretense direito de não nascer, os pressupostos caracterizadores, quando o pedido de indenização se der em face dos genitores.

Embora o aborto seja proibido no Brasil, com exceção das causas em que sua realização não será punida e previstas legalmente e de decisões dos tribunais, a pesquisa se faz relevante pela possibilidade de este tipo de direito ser aventado.

Como pontuado no primeiro capítulo as ações de *wrongful life* correspondem à reparação de danos movida pela própria pessoa deficiente e poderá ser dirigida contra os progenitores, fundada no fato de que eles deram prosseguimento à gestação, não obstante serem conhecedores da doença que acometia o feto. A reivindicação se embasaria num suposto dever parental de evitar o nascimento de um indivíduo deficiente (RAPOSO, 2010, p. 74).

Polêmicas as questões que envolvem o direito de não nascer, pois, se este existe quem é o responsável por tê-lo infringido? Como valorar danos decorrentes de uma existência com deficiência?

Por que uma deficiência torna a vida indigna? A decisão dos pais pelo nascimento do filho deficiente é dotada de ilicitude? Foi ferido o dever parental?

A perfeição pode ser conceituada quando se trata de vida? Como se compara uma vida indigna a uma não vida? Há responsabilidade civil na decisão tomada, por negligência pelos pais? Enfim: a vida pode ser considerada um dano?

Se a vida deficiente for considerada como um dano e quantificada, sugere-se que o dever parental consubstancia o aborto enquanto obrigação.

O reconhecimento ao direito de não nascer faz do aborto um dever nos casos de deficiência trazendo a possibilidade de que o filho por preferir não existir, teria o direito a uma indenização em face dos próprios genitores que decidiram seguir uma gravidez embora cientes da malformação, sendo possível, culpar os pais pela própria existência. (HOLANDA, 2012).

Quanto ao ordenamento jurídico brasileiro registra-se que a Ação Descumprimento de Preceito Fundamental 442 argumenta que os artigos do Código Penal que proíbem o aborto afrontam preceitos fundamentais da Constituição Federal, como o direito das mulheres à vida, à dignidade, à cidadania, a não discriminação, à liberdade, à igualdade, à saúde e ao planejamento familiar, entre outros.

No cenário jurídico nacional o aborto é crime, com pena de até três anos para os casos de interrupção da gravidez. Todavia há “permissão” para o aborto em caso de estupro, risco de vida para a mãe ou feto com anencefalia - nesse último caso, a deliberação coube ao Superior Tribunal Federal. Adentraremos mais tarde neste tema que engloba o cenário nacional.

Está na seara das ações de *wrongful birth* e não de *wrongful life* o não cumprimento de uma obrigação contratual da qual os pais reivindicam o direito a ser compensados. Alega-se a perda de oportunidade de abortar um filho portador de uma deficiência, suportando o desgosto de ver nascer alguém nestas circunstâncias e de suportar despesas acrescidas pela vida com deficiência (ARAUJO, 2016, p. 108).

Os danos ditos tuteláveis nessas ações são ensejados pelo comportamento ilícito do médico que incorreu em má prática médica. Fazer derivar qualquer

pretensão indenizatória deste direito é colocar a criança na posição de sufragar um direito à sua não existência, um direito a ser abortado (ARAÚJO, 2016, p. 108).

Nessa ótica abre-se a possibilidade jurídica de aborto em razão de deficiência ou malformação, deixando de ser uma faculdade para ser um poder-dever.

Os pais colocam-se em situação de conflito de interesses, resultante da mesma faculdade e, caso a decisão da mãe seja pelo prosseguimento da gestação admite-se que, mais tarde, o próprio filho venha a propor uma ação contra sua genitora por ter optado pela não interrupção da gravidez (ARAÚJO, 2016, p. 109), aí sim presente a *wrongful life*, o direito de não nascer.

Para além dos demais pontos relacionados, como a bioética, os diálogos existentes entre ela, a ciência médica e o direito, do eugenismo, dos novos direitos, da responsabilidade civil quanto à identificação e quantificação do dano, o objeto deste trabalho guarda relação com a questão do aborto.

O “*dano da vida*” é distinto do problema das lesões que podem atingir a criança na fase pré-natal e das suas consequências. A discussão está em saber se uma deficiência resultante dessa lesão pode constituir um dano indenizável. A própria vida que é tida como dano (ARAÚJO, 2016, p. 109).

A pergunta que se impõe é: será admissível a existência de “*um direito à não existência*” e de uma indenização pela sua violação? (ARAÚJO, 2016, p. 109).

Nesse compasso examina-se na *wrongful life* a lesão a dois bens jurídicos diferentes: o direito a uma vida saudável e, sob essa característica, considerada digna e o direito a não nascer.

## 2.2. Argumentos pró e argumentos contra

Na imensidão das questões que envolvem o direito de não nascer encontram-se argumentos a favor e contra o direito pretendido.

À criança não resta alternativa: ou nascia com deficiência ou não nascia. Não se poderá comparar a situação atual da criança viva e com deficiências com a situação hipotética de nunca ter nascido ou nunca tendo, portanto, chegado a ser vítima de qualquer ofensa ou prejuízo (NUNES VICENTE, 2009, p. 134).

Por isso, o requisito do dano a ser identificado no direito de não nascer, claramente suscita dificuldades, uma vez que o nascimento sem a deficiência não seria possível (NUNES VICENTE, 2009, p. 134).

O debate é saber se o dano é juridicamente reparável, a dúvida que se apresenta é a de determinar se a atribuição de uma indenização à pessoa que nasceu deficiente não colide diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, por se desqualificar ou valorar desfavoravelmente a vida das crianças deficientes, de modo a validar, ainda que implicitamente, a eugenia (NUNES VICENTE, 2009, p. 134).

Neste âmbito entram as discussões acerca do valor da vida, do atributo da dignidade, do conceito de felicidade para definir se uma vida com deficiência pode ser considerada indigna.

Começaremos pelos argumentos pró ao direito de não nascer.

A associação entre o dano alegado e a própria vida nas ações por *wrongful life* mostra que na sua análise estão envolvidos de modo expresso ou implícito as crenças e concepções de ordem ética, moral ou religiosa, que impedem a análise correta do tema sob o ponto de vista da responsabilidade civil (MORILLO, 2007, p.21).

Muitos dos estudos sobre estas ações misturam argumentos de aceitação ou de rejeição que se inspiram apenas em determinadas posições sobre o valor supremo ou absoluto da vida. A resposta a ser dada ao direito de não nascer deve ser técnica, afastando, na medida do possível, as crenças individuais, limitando-se a apreciar a ocorrência dos pressupostos da responsabilidade civil (MORILLO, 2007, p.21).

Na discussão dessa temática é comum o recurso a um “vocabulário dos direitos”, invocando-se frequentemente a inexistência de um “direito de não nascer” (JECKER, 1987, p.150).

A remissão a esse tipo de discurso pode interferir de modo negativo na compreensão do que realmente está em causa neste tipo de ação (SIMÕES, 2010, p. 198).

Nesse argumento entende-se não ser útil trabalhar com um “pretense direito de não nascer” ou com um “direito à não existência”, porque a difícil articulação, pela contradição que encerra em si mesmo, de início já remete o julgador para uma atitude negativista (ARAÚJO, 1999, p. 84).

Disso criam-se confusões, dando a entender que a posição da criança se funda num tal “direito” e pode obscurecer a problemática substancial e os resultados práticos que estão em causa (ARAÚJO, 1999, p. 84).

Nos posicionamentos favoráveis às ações de *wrongful life* estão presentes os fundamentos de que não é a vida em si que consubstancia um dano, mas uma vida com deficiência, com propósito de ver responsabilizado aquele que permitiu ou decidiu levá-la adiante.

Apontam considerar neste tipo de ação que a criança deve demonstrar que estaria muito melhor se nunca tivesse nascido (*better off dead*), no sentido de provar que seria preferível o vazio da não existência à vida tal como experimenta. Se entendida dessa forma simplista, as ações sempre serão ilógicas, pois se esbarrariam no chamado “problema de não identidade” (ARAÚJO, 1999, p. 97).

Quando o dano que se invoca só poderia ser evitado se se obstasse ao nascimento do indivíduo cuja existência tem um valor absoluto, no sentido de não ser radicalmente colocado em causa pela verificação do dano, da deficiência incurável, então trazer esse indivíduo à existência com a deficiência não o coloca numa situação pior do que qualquer outra possível, não podendo apurar-se, pois, a “diferença negativa” em que consiste o dano (ARAÚJO, 1999, p. 97).

E, diante deste pensamento, boa parte dos posicionamentos contrários ao direito de não nascer, apontam que a ação de *wrongful life* será sempre inadmissível, porque a criança não pode ter uma pretensão indenizatória contra aquele comportamento errado sem o qual não teria nem chegado a nascer (SIMÕES, 2010, p. 199).

Todavia, atribuir relevância a essa contradição, levando ao extremo o argumento da “não identidade” é uma forma de proibir o direito a uma criança de comparar-se a uma pessoa “normal” para o efeito de obter uma reparação pelo erro médico. A existência é um dado que não pode estar em causa para fixar sua legitimidade (MOTA PINTO, 2007, p. 17).

Uma das justificativas de quem defende a ação de *wrongful life* é a de que não contende com a dignidade da pessoa e com a indisponibilidade do direito à vida (SIMÕES, 2010, p. 200).

O porquê não está na “reconstituição natural” pela qual se pretenda eliminar a criança, nem se busca auxílio para uma “morte digna” ou autorização para o suicídio.

Não se pretende autolimitar nenhum direito de personalidade, concretamente o direito à vida (NUNES VICENTE, 2009, p. 136).

A indisponibilidade da vida não é colocada em causa pelo fato de ver reconhecida uma indenização à criança. Isso ocorreria somente se a atribuição da indenização carregasse implícito juízo sobre esse valor, sobre o valor da existência humana comparada à não existência, o que afetaria a dignidade humana sendo contrário a qualquer sistema jurídico civilizado (MOTA PINTO, 2007, p. 19).

No julgamento dos casos apreciados através de *wrongful life* “ser ou não ser não é a questão”, nem há, sequer, que desempenhar a função de Hamlet (MOTA PINTO, 2007, p. 19).

A atribuição de uma indenização à própria criança não atinge a sua dignidade, uma vez que não tem de firmar na conclusão de que a existência como deficiente é menos valiosa do que a não-existência. Ao atribuir uma indenização está-se justamente a promover a dignidade humana da criança (MOTA PINTO, 2007, p. 20).

Deve-se fazer uma reanálise das intuições em jogo, centrada nos resultados práticos em questão, o que leva a uma alteração da conclusão, para além da “cortina de fumo” de questões como as do valor comparativo da vida e da não-vida ou da dignidade humana (MOTA PINTO, 2007, p. 21).

Há os que defendam que, o direito à vida é inquestionável, mas perquire-se se existe o direito de não nascer deficiente, apontando que ser deficiente tem diversas aplicações no cotidiano do ser humano. Afirma-se que a deficiência influi com profundidade na própria existência do ser humano deficiente e influencia a vida das pessoas que o circundam (ASSIS DIAS e KAMIKAWA, 2014, p. 3)

No mesmo sentido alega-se que nem todas as pessoas têm preparo para ser e aceitar sua própria deficiência ou a de um familiar. Ser deficiente e conviver com um deficiente traz consequências que podem perdurar a vida toda. Tais consequências são: a inclusão das pessoas deficientes, reabilitação adequada, capacitação para a vida e trabalho. Requerendo condições financeiras e psíquicas para uma vida adaptada (ASSIS DIAS e KAMIKAWA, 2014, p. 3).

Quando se adentra na questão que aborda o sentido da vida aponta-se que a vida possui três características: poder de crescer e desenvolver-se; poder de responder aos estímulos externos ou capacidade de excitação; poder de ser reproduzir segundo a própria espécie (MONDIN, 2005, p. 50-51).

Nessa linha, a pessoa é constituída por quatro elementos principais: autonomia quanto ao ser, autoconsciência, comunicação e autotranscedência. Definindo-se pessoa dentre esses elementos (MONDIN, 2005, p. 302-303).

Parece que para estar vivo, é indispensável que o ser humano possa preencher as características e elementos citados (ASSIS DIAS e KAMIKAWA, 2014, p. 8).

Parte-se do pressuposto de que o ordenamento jurídico não atribui à vida um valor absoluto, aliás, não atribui valor absoluto a nenhum direito fundamental, conclui-se, na visão dos argumentos favoráveis ao direito de não nascer, que é possível relativizar o direito à vida na esfera da própria personalidade individual, permitindo que seu titular disponha, em determinados casos, desse direito (SIMÕES, 2010, pp. 198-202).

Não é o nascimento que configura o dano ou a deficiência somente, mas a conjunção de ambos, condição esta que acarreta dificuldade. É o peso da existência nessas condições que se apresenta reparável (SIMÕES, 2010, pp. 198-202).

Propõe-se a questão de que por qual razão seria possível conceder uma indenização aos pais pelo nascimento indesejado e, para a criança que efetivamente suportará a doença por toda sua vida, a indenização deve ser negada. Seria uma manobra processual que não pode impedir a reparação de um dano causado injustamente (SIMÕES, 2010, pp. 198-202).

À respeito da posição contrária ao direito de não nascer, um dos principais argumentos invocados contra a admissibilidade das ações de *wrongful life* é o de que a reparação de danos próprios da criança pressuporia reconhecer-lhe um “direito a não nascer” ou um “direito à não existência”, direito que não tem qualquer consagração legal (MOTA PINTO, 2005, 220).

O dano é encarado como o dano por ter nascido, baseado no pressuposto de que a criança reclama, com o pedido de indenização, que “teria sido preferível a não existência à existência em tais circunstâncias” (ÁLVARO DIAS, 1996, p. 380).

Não seria lógico um indivíduo reclamar que não deveria existir uma vez que a *public policy* favoreceria sempre a vida sobre a não-existência. Os autores que defendem que estas ações são contrárias aos princípios da ordem pública remetem-



se frequentemente aos filósofos gregos, à Bíblia ou aos ditames da providência e do destino. Outros referem que o direito à vida é alienável (COHEN, 1978, p. 223).

Há a identificação da vida como um dano e essa identificação é avessa ao próprio conceito de dano, porque é impossível considerar dano aquilo que é um benefício (CARNEIRO DA FRADA, 2009, p. 271).

Defender que a própria vida é um prejuízo corresponderia a um ato de disposição da própria vida. Pretender que a própria vida é, sem si mesma, um dano para com base nisso para receber uma indenização seria juridicamente impossível, porque inconciliável (CARNEIRO DA FRADA, 2009, p. 271).

Uma vez que o dano causado à criança é a própria vida, não é possível medir a diferença entre a não-existência e a vida com deficiência.

Ao alegar que nunca deveria ter nascido, o filho torna logicamente impossível a tarefa do Judiciário de medir os alegados danos. O direito à não existência é o que estaria verdadeiramente em causa e este direito não pode ser configurado legalmente.

As ações por *wrongful life* levantam muitas dúvidas quanto à reparação de danos não patrimoniais. Se a invocação ou defesa de um direito a não nascer por se entender que a vida em certos casos não vale a pena ser vivida poderá por vezes ter uma componente altruísta, não menos verdade é que esse argumento também tem muito de “instinto de sobrevivência dos pais. Por outro lado, não é possível comparar a existência com a não existência (PEREIRA, 2009, p. 299).

Nos argumentos contra às ações de *wrongful life* essas seriam inaceitáveis pois a dignidade humana proibiria a degradação da vida a um sem-valor. O indivíduo ao invocar um dano consubstanciado na própria vida afirma ter preferido não nascer a nascer com a deficiência e a comparação do dano atual a ser feita é de impossível quantificação.

Analisadas as posições sobre o direito de não nascer discorridos neste item, refletindo a definição da ação de *wrongful life* e o dano buscado nela como reparável e, observados os precedentes jurisprudenciais trazidos no primeiro capítulo, é possível apresentar um contexto dos argumentos que envolvem o direito de nascer, conforme segue.

Nos argumentos pró ao do direito de não nascer estão a ideia de encarar a vida com a deficiência e malformações como indigna em razão das dificuldades decorrentes; depender de terceiros para sobreviver, estando sempre sob cuidados permanentes; alega-se que viver em estado de desequilíbrio mental e físico é um dano e, quando diagnosticado e avisado os pais, a interrupção da gravidez seria a atitude correta.

A dignidade da pessoa humana aqui está atingida porque veem na vida deficiente a ausência de dignidade, pois não podem os indivíduos nascidos com deficiência desenvolver-se de forma autônoma, nem concretizar sua capacidade e por isso estão fadados à infelicidade. Nessa posição entende-se viável o direito de não nascer, reconhecendo-se o dano e responsabilizando aquele que permitiu um nascimento deficiente.

No argumentos contra refutam-se a admissibilidade do dano pessoal de se ter nascido, embasam-se na impossível quantificação do valor da vida; na ideia de que uma vida sem deficiência não é mais valiosa do que uma vida deficiente. Isso porque não haveria critérios de valoração caso a indenização fosse possível.

Ainda, se o nascimento deficiente do autor for capaz de embasar uma indenização por parte dos pais, chega-se à conclusão de que poderá existir um “direito a não vida”, colocando em causa princípios constitucionais no que tange à proteção da dignidade, inviolabilidade e integridade da vida humana, atingindo a autonomia dos pais que justifica-se, inclusive, através da teoria da ancestralidade com base também na afetividade, como será tratada no último capítulo.

### 2.3 O direito de não nascer no cenário jurídico brasileiro

Explorar a possibilidade do direito de não nascer no ordenamento jurídico brasileiro é pertinente diante da mudança, substancial e formal, de perspectiva do direito civil a partir da Constituição Federal de 1988.

Essa mudança permitiu que a legislação, sobretudo a civil, passasse a ser interpretada e reproduzida tendo como limite e condição de possibilidade os princípios e regras constitucionais e os direitos fundamentais da pessoa humana (NARDELLI e SÁ, 2016, p. 164).

Abandonando a ótica produtivista e a partir da principiologia constitucional, tudo isso entendido no sistema jurídico, complexo e unitário, é possível alargar que os conceitos clássicos de dano, nexos causal e conduta antijurídica e, conseqüentemente, admitir a tutela de “novos” direitos, viabilizando a reparação de danos não previstos expressamente na legislação positivada, falando-se contemporaneamente em responsabilidade por danos (NARDELLI e SÁ, 2016, p. 164).

Este item vem para analisar se o fato jurídico que corresponde ao direito de não nascer encontra amparo no ordenamento jurídico nacional.

A principiologia axiológica constitucional com o deslocamento do foco das relações jurídicas do patrimônio para a pessoa humana, resultados da Constituição Federal de 1988, redirecionaram sob diversos aspectos fundamentais a produção do direito no Brasil (FACHIN, 2003, p. 4).

Para se falar em novas categorias jurídicas ou, ainda, em novos bens merecedores de tutela e novas teorias para configuração e quantificação de danos há que se compreender primeiro, e necessariamente, o fenômeno da constitucionalização do direito civil (FACHIN, 2003, p. 4).

As últimas constituições democráticas afastaram-se, de certa forma, das recomendações programáticas e começaram a se estruturar em orientações para a produção da legislação ordinária ou infraconstitucional, tornando-se constituições principiológicas e, assim, relativizaram os principais elementos estruturantes dos códigos: os princípios (internos) e as normas gerais. (GONÇALVES NETO, 2001, p. 15).

Isso se deu em uma atuação constitutiva de três faces: formal, através de regras positivadas tanto na Constituição, quanto o próprio direito constitucional, bem como na legislação infraconstitucional, submetida à supremacia da Constituição; substancial: pela normatividade dos princípios constitucionais, exemplo, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais; e prospectiva: uma dimensão propositiva e transformadora da atividade produtiva do direito, uma visão do direito como instrumento de transformação social. (FACHIN, 2015, p. 8-9).

Os códigos e outras leis esparsas, deixam de ser lidos sob uma ótica produtivista e passam a ser analisados sob outra, de cariz constitucional, na qual a reprodução do direito civil encontra limites nos direitos fundamentais da pessoa humana (PERLINGIERI, 2002, p. 4).

Essa alteração de perspectiva não é meramente formal e não se revela apenas na leitura conjunta de todo ordenamento, composto por princípios e regras, mas especialmente nas inter-relações entre direito civil e direito constitucional; passa, também, pela compreensão por parte do civilista de que os direitos fundamentais são tanto um limite como uma possibilidade de sua atuação hermenêutica, retirando aquela ideia de direito civil como um sistema fechado e lhe permitindo um diálogo intertextual próprio da doutrina constitucional. (FACHIN, 2015, p. 8).

Descortinam-se novos horizontes do cenário atual do direito civil: além da incidência direta das regras constitucionais nas relações privadas, evidenciam-se as tensões entre a principiologia constitucional e as normas codificadas; atuação estatal em relações entre particulares, dando eficácia às garantias fundamentais e reinterpretando dos códigos à luz das constituições contemporâneas; superação da lógica do “tudo ou nada” e possibilidade de redução da eficácia de uma norma sem afetação da validade dos institutos civis (FACHIN, 2015, p. 10-11).

Essa abertura impõe a obrigação, sobretudo ao intérprete, de que toda legislação infraconstitucional seja lida de acordo com a “tábua axiológica” da Constituição, que ganha expressiva relevância na interpretação das cláusulas gerais (TEPEDINO, 2002, p. 2).

Além dessa interpretação axiológica, as cláusulas gerais também podem se comportar diversamente conforme as funções normativas da técnica dogmática (estabilização, progresso, descarga, técnica, controle e heurística), possibilitando a concreção de direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, viabilizando compreensão de cada conceito fundamental à luz do caso concreto. (CACHAPUZ, 2014, p. 57; 66).

As demarcações hermenêuticas colocam dificuldade para que as cláusulas gerais, principalmente aquelas que remetem a princípios e direitos fundamentais, sejam “tratadas como um espelho, no qual todos enxergam o que desejam ver.” (SARLET, 2015, p. 478).

Como se dá nos casos dos artigos 186 e 927 (sobre responsabilidade civil e dano) do Código Civil Brasileiro que positivam uma cláusula geral de responsabilidade, possibilitando um conceito amplo e abstrato de dano indenizável, a ser definido pelo intérprete no caso concreto, a partir da principiologia constitucional (NARDELLI e SÁ, 2016, p. 151).

Mas essa ampliação de horizontes só é possível partindo do pressuposto de que o ordenamento jurídico é um sistema unitário e hierarquicamente disposto, um conjunto de princípios e regras com fim último de ordenar a coexistência dos indivíduos (PERLINGIERI, 2002, p. 2- 5).

Não se pode ignorar que as leis, códigos, estatutos e outros diplomas legais expressam, cada qual, ideologias e visões de mundo diferentes daquelas que fundamentam a sociedade atual, assim como daquelas de propiciaram a promulgação da Constituição Federal de 1988. Logo, a solução para cada caso concreto deve ser buscada no ordenamento como um todo e, sobretudo, na principiologia constitucional (PERLINGIERI, 2002, pp. 2-5).

Isso não significa, entretanto, que não possa haver pluralidade e heterogeneidade de fontes para o direito, até porque não se trata de uma questão simplesmente topográfica, e sim de correta determinação dos problemas. Ao invés de se enquadrar um problema em um diploma legal, deve-se, partindo das peculiaridades do caso, encontrar as normas aplicáveis, quais sejam suas fontes. (PERLINGIERI, 2002, pp. 6-8).

Desta maneira é possível estender a tutela estatal a direitos violados não disciplinados ou reconhecidos expressamente na legislação civil, mas ditos como possíveis a partir da leitura constitucional, ou mesmo de outras leis que não tenham como temática central a regulamentação civil, o que confirma a tese da unidade do ordenamento, baseada na hierarquia constitucional, de Perlingieri (NARDELLI e SÁ, 2016, p. 152).

Nesse contexto que se vislumbra a possibilidade de novos direitos, de tutelas jurídicas até então não imaginadas, registradas a evolução tecnológica da sociedade e a ampliação das definições dos pressupostos da responsabilidade civil.

Cabe ainda citar o posicionamento a responsabilidade civil por danos ao nascituro. O dano genético pode ser compreendido como uma agressão aos genes do nascituro que tenha afetado o seu genoma e provocado consequências que impossibilitem, dificultem ou reduzam a qualidade de vida da pessoa nascida, podendo resultar de contaminação por substâncias tóxicas ou radioativas ocorrida durante a gravidez (teratógenos) ou ainda da condição hereditária de ambos os pais (DELGADO, 2018, 1483).

Pessoas portadoras de determinados fatores de risco têm maior potencial de conceberem filhos com malformação genética. Mulheres com idade mais avançada,

para engravidar, precisam de cuidados médicos maiores do que aquelas mais jovens. Algumas doenças são transmissíveis dos pais para o filho. Em diversas situações existe tratamento e o risco pode ser evitado (DELGADO, 2018, 1483).

Em outras situações é a gravidez que deve ser evitada. (DELGADO, 2018, 1484). Para essa posição, o contrário seria admitir que alguém pudesse realizar um projeto parental para satisfação de suas exclusivas e egoísticas aspirações, sem qualquer preocupação com a saúde e a qualidade de vida do filho a ser gerado.

Sabendo ou devendo saber dos fatores de risco, os pais mostram-se negligentes quando deixam de procurar um especialista antes da gravidez, para realizar o histórico clínico do casal. A conduta responsável e esperada, no caso, é consultar um profissional para ter o aconselhamento genético, de modo a evitar a concepção de um filho com malformação congênita (DELGADO, 2018, 1485).

Esse posicionamento faz vislumbrar uma atribuição de responsabilidade apontando-se os pais como negligentes, justificando que o filho poderá deduzir uma pretensão de reparação civil contra a mãe.

Na ação de *wrongful life*, como já sabido, há o pedido de reparação pela vida indevida, vida indigna. Assim, a efetivação de um direito ao nascimento saudável, em caso de uma doença incurável, é o não nascimento. Ao admitir a existência de um direito ao nascimento saudável, se reconhece um direito a não nascer.

Se, o direito a não nascer corresponde à ação de reparação de danos movida pela própria pessoa deficiente contra quem optou pelo seu nascimento mesmo nessa condição, sublinha-se o dever parental, visto sob o aspecto de evitar o nascimento de uma criança deficiente (RAPOSO, 2010). Estar-se diante da obrigatoriedade em abortar quando aos pais tiver sido informada a deficiência do feto.

Nessa linha de raciocínio válido registrar o cenário atual do aborto no ordenamento jurídico brasileiro.

Num primeiro momento oportuno dizer sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442. A ação foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) para requerer que seja declarada a não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal (Decreto-Lei no 2.848/1940).

Destaca-se na ADPF a violação dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação, bem como os direitos fundamentais à inviolabilidade da vida, à liberdade, à igualdade, à proibição de

tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar, todos da Constituição Federal (art. 1º, incisos I e II; art. 3º, inciso IV; art. 5º, caput e incisos I, III; art. 6º, caput; art. 196; art. 226, § 7º).

Pretende-se com esta ação o reconhecimento da possibilidade de interrupção da gestação nas 12 primeiras semanas, de forma segura e com liberdade de escolha das mulheres. O questionamento formulado na ADPF 442 se dá diante dos artigos 124 e 126 do Código Penal Brasileiro.

Entende-se, na referida ação, que as razões jurídicas que deram ensejo à existência desses crimes não mais se justificam, em razão da superveniência, através da Constituição Federal de 1988, de preceitos fundamentais sensíveis, os quais dizem respeito aos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da não discriminação, da inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante, da saúde e do planejamento familiar das mulheres.

A tese central é a de que as razões jurídicas que moveram a criminalização do aborto pelo Código Penal de 1940 não mais se sustentam. “Em democracias constitucionais laicas, isto é, naquelas em que o ordenamento jurídico neutro garante a liberdade de consciência e crença no marco do pluralismo razoável e nas quais não se professa nenhuma doutrina religiosa como oficial, como é o caso do Brasil, enfrentar a constitucionalidade do aborto significa fazer um questionamento legítimo sobre o justo”, argumenta o partido. Para ele a longa permanência da criminalização do aborto “é um caso de uso do poder coercitivo do Estado para impedir o pluralismo razoável”, pois torna a gravidez um dever, sendo que, em caso de descriminalização, “nenhuma mulher será obrigada a realizá-lo contra sua vontade” (PORTAL STF, 2017).

O partido –PSOL- sustenta que a criminalização do aborto compromete a dignidade da pessoa humana e a cidadania das mulheres, afetando desproporcionalmente mulheres negras e indígenas, pobres, de baixa escolaridade e que vivem distante de centros urbanos, onde os métodos para a realização de um aborto são mais inseguros do que aqueles utilizados por mulheres com maior acesso à informação e poder econômico, afrontando também o princípio da não discriminação (PORTAL STF, 2017).

Outro aspecto apontado como violado é o direito à saúde, à integridade física e psicológica das mulheres, e ainda o direito à vida e à segurança, “por relegar

mulheres à clandestinidade de procedimentos ilegais e inseguros” que causam mortes evitáveis e danos à saúde física e mental (PORTAL STF, 2017).

O Supremo já precisou manifestar-se quanto à temática, ao menos em três situações.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3510, movida pelo Procurador Geral da República em 2008, em que se analisou a constitucionalidade da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/05), o que desafiou a corte constitucional a manifestar-se qual sério o marco da vida humana para fins de proteção constitucional. Questionou-se a inviolabilidade da vida do embrião congelado com base no princípio da Dignidade da Pessoa Humana. O Supremo entendeu pela constitucionalidade da pesquisa com embriões, ao afirmar que a Constituição Federal não estabelece quando a vida humana tem início.

Outros exemplos foram a ADPF 54, que tratou do aborto em caso de anencefalia, em que houve avaliação de maneira direta da constitucionalidade do aborto, e dos Habeas Corpus (ação de alcance individual) nº 84.025 e 124.306, quando o Supremo entendeu que a criminalização do aborto viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.

Cita-se que irão participar da Audiência organizações com posições e pontos de vista diferentes, como representantes do Ministério da Saúde, das igrejas Católica –Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) – e Evangélicas, especialistas nacionais e internacionais como, por exemplo, da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (Febrasgo), da Academia Nacional de Medicina e da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), e representantes de movimentos sociais, com destaque para as feministas.

A polêmica está sobre o momento em que se inicia a vida humana, qual seria o período exato em que embriões e fetos podem ser considerados seres humanos e pessoas.

No que se refere especificamente à citada ADPF 54 lembramos que o relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, ministro Marco Aurélio, votou, pela possibilidade legal de interromper gravidez de feto anencéfalo.

Considerou procedente o pedido feito pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), para declarar inconstitucional a interpretação dada



aos artigos 124, 126 e 128 (incisos I e II) do Código Penal que criminaliza a antecipação terapêutica de parto nos casos de anencefalia.

“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”, afirmou o ministro ao sustentar a descriminalização da prática. Para ele, é inadmissível que o direito à vida de um feto que não tem chances de sobreviver prevaleça em detrimento das garantias à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à saúde e à integridade física, psicológica e moral da mãe, todas previstas na Constituição (PORTAL STF, 2012).

Concluiu-se que a imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional. Considerou-se que obrigar a mulher a manter esse tipo de gestação significa colocá-la em uma espécie de “cárcere privado em seu próprio corpo”, deixando-a desprovida do mínimo essencial de autodeterminação, o que se assemelha à tortura.

O ministro afirmou que “Cabe à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez”, acrescentando estar em jogo a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres, direitos fundamentais que devem ser respeitados. Na interpretação registrou-se que ao Estado cabe o dever de informar e prestar apoio médico e psicológico à paciente antes e depois da decisão, independente de qual seja ela, o que hoje é perfeitamente viável no Brasil (PORTAL STF, 2012).

O que se pretende extrair dos posicionamentos acima descritos é que o aborto no Brasil é previsto como crime pelo Código Penal, tratando dele nos artigos 124 a 128, tipificando-o e apontando as cláusulas de ilicitude.

No cenário jurídico nacional o aborto é crime, com pena de até três anos para a gestante que interromper a gravidez. Todavia não são puníveis a prática de aborto em caso de estupro, risco de vida para a mãe ou feto com anencefalia - nesse último caso, a deliberação coube ao Superior Tribunal Federal, como relatada.

A questão do aborto é muito complexa e atinge campos além dos aqui elencados, motivo pelo qual fica nossa ressalva em não tratar mais profundamente da temática ou posicionar-se.

Busca-se demonstrar que sua relação com o problema do nosso trabalho está na ideia de que o aborto não é uma obrigação a ser seguida nos casos em que se detecta uma doença. De outro ponto, na esfera da busca por direitos dos quais os indivíduos “se veem como detentores” também não é negado o acesso à Justiça para que seu pedido de interrupção da gravidez seja analisado diante de um caso concreto. O campo parecer estar aberto, sujeito a interpretações, viabilizando direitos.

Por isso, já que presente a discussão sobre a autonomia, mas não o “poder-dever” de interrupção da gravidez, mais uma vez nos encontramos refletindo sobre o direito de não nascer alegado pelo filho, como se houvesse a obrigação de abortar.

No capítulo que segue abordaremos a teoria da ancestralidade no Direito de Família, analisando princípios constitucionais referentes a essa área do direito para enfim fundamentá-la, opondo-se ao direito de não nascer.

### **3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TEORIA DA ANCESTRALIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA**

O direito de não nascer em confronto com a dignidade da pessoa humana, paternidade responsável, autonomia e afetividade é uma problemática para o direito de família em uma perspectiva constitucional.

A temática possibilita refletir o direito à vida como inviolável diante do argumento apresentado de uma vida injusta ou indevida. Pois a proteção da vida é um dos fundamentos e princípios da Constituição Federal do Brasil.

Investigar a recepção pelo direito brasileiro das ações de vida indevida propostas pelo filho em face de seus pais, sob a alegação de uma vida indigna de ser vivida por culpa de uma escolha “negligente”, aborda a perspectiva do direito civil especialmente a partir da Constituição Federal de 1988.

O reconhecimento do direito de não nascer gera impactos no direito de família. A afetividade presente de modo tão frequente nas abordagens familiares não está subordinada à saúde ou à perfeição do corpo. Atente-se considerar que o reconhecimento do direito de não nascer, remete à noção de que a vida digna está condicionada à inexistência de deficiência ou necessidades especiais.

Esta pesquisa propõe uma teoria da ancestralidade para afirmar que aqueles que optam pelo prosseguimento da gestação e nascimento da prole, mesmo cientes dos problemas de saúde, embasam-se na relevância da vida, inclusive na proteção do direito à vida do feto. Consideram os cuidados, a afetividade e o amor elementos da solidariedade familiar, capazes de atribuir dignidade a qualquer existência humana.

Para validar a teoria abordaremos os princípios da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável, da autonomia e da afetividade para justificar a decisão daqueles que escolheram pelo nascimento.

No intuito de embasar a ideia de que as relações familiares estão debruçadas na afetividade e inseridas na cultura e no social, ultrapassando a percepção do parentesco enquanto aspecto unicamente biológico nos utilizamos da contribuição da Antropologia para sucinta análise de como família e parentesco relacionam-se com a teoria.

A contribuição buscada refere-se especificamente à “desnaturalização” e nosso enfoque metodológico para tanto se dá sob os estudos do estruturalismo do antropólogo Claude Lévi-Strauss.

### 3.1 Família e relações de parentesco: uma abordagem antropológica

Este item aborda a contribuição da antropologia para demonstrar que as noções de família e parentesco não são naturalmente definidas. Para isso abraçamos em nosso trabalho a noção de “desnaturalização” de Lévi-Strauss analisada no ramo da antropologia.

Não serão exploradas as teorias existentes na Antropologia sobre o parentesco, até porque requer um estudo imenso, também não serão elencados os diversos conceitos de família. Mas, demarcado o fundamento de que na família a afetividade se faz presente a ponto de alicerçar as decisões surgidas de seus conflitos.

A contribuição da Antropologia para o estudo da família está na discussão sobre o parentesco. O parentesco é um objeto fundamental da Antropologia, próprio da sua formação como disciplina, porque as sociedades tribais, objeto de seu estudo, eram sociedades sem estado e se regulavam pelo parentesco. Os laços de parentesco são o elo fundamental das sociedades tribais, o que rege suas relações sociais. O parentesco, desta maneira, tornou-se um problema básico para a Antropologia (SARTI, 1992, p. 70).

Os enfoques metodológicos de maior influência sobre a análise do parentesco, e também para a própria antropologia, foram o funcional-estruturalismo britânico e o estruturalismo de Lévi-Strauss (SANTOS, 2010, p. 28).

O parentesco não é a mesma coisa que a família. Ambos tratam dos fatos básicos da vida: nascimento, acasalamento e morte. No entanto a família é um grupo social concreto e o parentesco é uma abstração, uma estrutura formal. O estudo da família é o estudo daquele grupo social concreto e o estudo do parentesco é o estudo dessa estrutura formal, abstratamente constituída, que permeia esse grupo social concreto, mas que vai além dele (SARTI, 1992, p. 70).

Ao formular seu discurso sobre o “avunculado” enquanto estrutura elementar do parentesco, Lévi-Strauss dá um passo decisivo para demonstrar a essência da

família. Do mesmo modo que o fonema é o átomo da linguística semântica, a relação avuncular é o átomo do parentesco (SANTOS, 2010, p. 30).

O trabalho desse antropólogo marcou um desvio no pensamento sobre o parentesco, já que a partir de suas formulações em *Les structures élémentaires de la parente*, ficou esclarecido o caráter não natural da família, basicamente através da sua definição do átomo de parentesco.

O átomo de parentesco é a sua unidade mais elementar. Lévi-Strauss determina que não se pode pensar o átomo de parentesco a partir da unidade biológica, introduzindo um detalhe fundamental nesta configuração. Na unidade elementar do parentesco, há um outro homem que tem relação com a mulher, o irmão dela, e eles têm uma relação de consanguinidade (SARTI, 1992, p.71).

Isso é importante porque muda o eixo da definição do átomo. Coloca-se a aliança como elemento fundamental do parentesco, através da inclusão do representante do grupo do qual o homem recebeu a mulher. Introduce a dimensão cultural. Com isso, desnatura a família e a separa da unidade biológica pai-mãe e filho (SARTI, 1992, p. 72).

Para Lévi-Strauss a estrutura é formada por quatro elementos: irmão, irmã, cunhado, sobrinho. De um lado, os comportamentos entre tio materno e sobrinho, e por outro, entre pai e filho, formam um par de oposições que corresponderiam às relações entre marido e mulher e irmão e irmã. “As relações de afeto e familiaridade, ou de temor e autoridade, variam de forma simétrica nos dois pares de oposição” (SANTOS, 2010, p. 30).

Diante dessa construção:

(...) não é mais possível pensar o átomo de parentesco a partir da unidade biológica. É imprescindível na análise da dimensão cultural. A família para existir, precisa de dois grupos, e os casamentos precisam ocorrer fora do seu próprio grupo. O tabu do incesto é o que garantiria que as famílias não fossem auto-suficientes, não se fechassem no biológico (SANTOS, 2010, p. 30).

Segundo Lévi-Strauss “a natureza impõe a aliança sem determiná-la, e a cultura só a recebe para definir-lhe imediatamente as modalidades” (STRAUSS, 1982, p.71). A natureza determina os parentes consanguíneos, mas os padrões de comportamento e as obrigações a serem cumpridas entre os parentes são formadas através da cultura.

A unidade elementar do parentesco se desprende da biologia e entra no terreno da cultura ao se reconhecer que uma família, para se formar, pressupõe dois grupos: que um homem dê uma mulher a um outro homem que a recebe.

A constituição da família como fato cultural pressupõe a existência prévia de dois grupos que se casam fora de seu próprio grupo, dois grupos exógamos. É o reconhecimento de que o parentesco envolve relações além da relação de consanguinidade: relações de aliança, de afinidade. Rompe-se com a ideia do caráter natural da família. A família não provém da unidade biológica, da mera reprodução; constitui uma aliança de grupos (SARTI, 1992, p. 73).

A proibição do incesto representa a passagem do fato natural da consanguinidade ao fato cultural da aliança (STRAUSS, 1982, p.71).

O que a Antropologia coloca e que se faz relevante para os estudos de hoje, é o fato de que as relações de parentesco, o casamento e a divisão sexual do trabalho são estruturas universais. Em todas as sociedades há casamento, relações de parentesco e divisão sexual do trabalho, mas a combinação dessas relações, qual o seu significado, que relações são proibidas, não são proibidas, com quem se pode ou não casar, o que isso significa em termos da descendência, é enormemente variado (SARTI, 1992, p. 73).

Nesse sentido, permite, além da variabilidade:

a "desuniversalização" e "desnaturalização" da família, a decomposição das relações envolvidas na família possibilita também pensar a mudança na família como um processo não totalizante, mas que pode estar referido a um ou outro elemento constitutivo da família. Nessa decomposição, fica claro que a família tem vários elementos que podem mudar ou não; a mudança, num dos elementos, não significa que o outro mude também." (SARTI, 1992, p.75)

Essa colaboração ajuda a pensar a família hoje: uma família em transformação, mas que não é uma transformação totalizante, permite "dimensionar melhor qual o peso de cada elemento que se transforma na família; que se a relação pais e filhos muda, isso não quer dizer que outras relações não possam manter o caráter tradicional" (SARTI, 1992, p. 75).

Oportuno transcrever:

A tensão entre os distintos discursos familiares denota a singularidade da família no mundo contemporâneo: ela é, ao mesmo tempo, auto-referida na sua construção do "nós" – nisto que constitui o mundo privado – e

permanentemente influenciada pelo mundo exterior – público –, que lhe traz a inevitável dimensão do “outro”, com a qual tem que lidar. Assim, a família constitui-se pela construção de identidades que a demarcam, em constante confronto com a alteridade, cuja presença se fará sentir insistentemente, forçando a abertura, mesmo quando persistirem as resistências. A família, então, constitui-se dialeticamente. Ela não é apenas o “nós” que a afirma como família, mas é também o “outro”, condição da existência do “nós”. Sem deixar entrar o mundo externo, sem espaço para a alteridade, a família confina-se em si mesma e se condena à negação do que a constitui, a troca entre diferentes. Essa marca da família, a troca, remete à reviravolta feita por Lévi Strauss na sua formulação sobre o tema, conhecida como teoria da aliança.

Ao argumentar em favor do fundamento social (e não natural) da família (SARTI, 2004, p. 20).

O que se pretende evidenciar é a contribuição dos estudos de parentesco para os estudos da família, a fim de refletir este grupo social concreto. Analisamos o estruturalismo para encontrar no afeto, e não no caráter biológico, o sentido das relações familiares.

Trazer o pensamento de Lévi-Strauss vem para pontuar que a família vai além da consanguinidade no sentido de que os laços das relações baseadas na afetividade são capazes de embasar as escolhas feitas por aqueles que detêm o poder-dever parental, oriundo do princípio da paternidade responsável, que não mais se sustenta por uma questão biológica ou por simples determinação da lei.

A abordagem proposta (remetermos à antropologia) para pensar nas relações familiares e no parentesco, realiza um contraponto com a abordagem jurídica (normas, jurisprudência, doutrinas) para que fique evidenciado que o direito de família precisa posicionar-se sobre os conflitos atuais advindos de questões familiares.

As ciências humanas: direito e antropologia, debruçadas sobre o mesmo objeto -a família- podem oferecer abordagens diversas, mas conclusões cujo conhecimento é necessariamente complementar para os estudiosos. As relações de parentesco são definidas independentemente das ligações biológicas, contestando a concepção de parente tipicamente entrelaçada à noção de família nuclear. A percepção de parentesco no seu aspecto jurídico no direito brasileiro já não se identifica com a família nuclear (BRITO, 2013, p. 85).

Os antropólogos há algumas décadas desabrigaram a ideia de princípio natural da família fortalecendo a convicção de que a noção de normalidade em torno das relações familiares é algo socialmente construído. E, por isso, têm se dedicado a revelar a “desnaturalização” das relações familiares (SANTOS, 2010, p. 35).

A filiação é conceito relacional, relação de parentesco estabelecida entre duas pessoas em que uma das quais é considerada filha da outra (pai ou mãe). O estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, atribuída a alguém, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados (LÔBO,2003)

Nessa relação o filho é titular do estado de filiação, da mesma maneira que o pai e a mãe são titulares do estado de paternidade e de maternidade em relação a ele (LÔBO, 2003).

No artigo 1.593 do Código Civil temos que: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

O parentesco, juridicamente, conforme os artigos 1.591, 1.592 e 1.594 do Código Civil se dá em linha reta: pais, avós, filhos e netos; ou colateral: irmãos, tios e sobrinhos, com contagem de graus por meio da identificação com o ascendente comum.

Também há o estabelecimento de parentesco por meio do casamento e união estável: maridos e esposas/conviventes não são parentes entre si, todavia, para determinadas situações jurídicas, têm parentesco, por afinidade, com a família de origem de seu companheiro, segundo artigo 1.595, Código Civil.

Pode-se concluir que a concepção de parentesco como observada pela antropologia e definida pelas normas jurídicas, não tem ligação intrínseca com o fato da consanguinidade, e sim, efetivamente, com o reconhecimento de um papel social a ser exercido (BRITO, 2013, p. 86).

O tema família, em razão de sua amplitude, não se exaure, seja juridicamente ou antropologicamente em apenas uma espécie de discussão. Por isso, a questão do parentesco, mostrou-se um recorte adequado, pelas contribuições que a antropologia fornece quanto à desvinculação dos laços entre parentes e a consanguinidade.

Buscamos demonstrar como esta abordagem antropológica sob o estruturalismo de Lévi-Strauss contribuiu para esclarecer que a família e o parentesco não são mera derivação de fenômenos naturais.

A atenção dada ao próximo item para o estudo da teoria da ancestralidade, visa relacionar a análise apreendida pela antropologia com o estabelecido no campo do direito.



### 3.2 Princípios constitucionais do direito de família em duelo com o direito de não nascer

Além do estruturalismo de Lévi-Strauss, do qual partimos de base para tratar a desnaturalização, alguns princípios constitucionais inerentes ao direito de família estão presentes na teoria para fundamentá-la.

Trazer os princípios para essa pesquisa significa expor a importância deles na aplicação da teoria tratada no último item deste capítulo. Claro que são adaptados à reflexão do objeto de estudo: o direito de não nascer e a teoria da ancestralidade no direito de família brasileiro.

Assim, partimos de uma leitura conjunta dos princípios para fixarmos a consistência da teoria e sua relevância para os conflitos que envolvam o direito de não nascer no ordenamento jurídico nacional.

A noção de família enquanto algo construído com base no amor como fator fundamental na vida familiar não é recente. É possível que seja historicamente delineado como os laços afetivos obtiveram força ao longo do tempo até mudar a própria estrutura da família (SANTOS, 2010, p. 40).

Tem-se que:

No Brasil a constituição de uma “justiça de menores” e, posteriormente, a noção de infância como prioridade, faz parte de um processo mais amplo de formação de um sentimento de infância que se desenvolveu com a modernidade e foi descrito por Ariès (SANTOS, 2010, p. 40).

“A família era mais uma realidade moral e social do que sentimental” (ARIÈS, 1981, p. 229). Transformou-se profundamente quando mudou suas relações internas com as crianças. No ocidente medieval as crianças eram mantidas em casa até cerca de sete ou nove anos, depois eram enviadas para outras casas, realizando serviço pesado e doméstico. O procedimento era tido como forma de educação, aprendizagem. A criança saía da própria família. Portanto, nesse período, não havia um sentimento existencial profundo (SANTOS, 2010, p. 41).

No século XV transformam-se as realidades e os sentimentos da família. Nesse novo momento a escola desempenha um papel fundamental ao modificar a lógica da aprendizagem. Com os filhos próximos às famílias, o clima sentimental passa a ser diferente. A família começa a se centrar mais na criança e a vida

confunde-se com as relações cada vez mais sentimentais entre pais e filhos (SANTOS, 2010, p. 41).

O contexto muda os valores morais relacionados à família. Se no fim da Idade Média até o século XVII havia privilégio do filho primogênito ou escolhido pelos pais, no século XVIII essa prática era rejeitada, elevando-se um sentimento de igualdade de direito e afeição familiar, destaca-se a nova necessidade de afeto e igualdade entre os filhos (SANTOS, 2010, p. 41).

O respeito pela igualdade entre os filhos de uma família revela um movimento gradual da família-casa em direção à família sentimental moderna. Tendia-se agora atribuir à afeição dos pais e dos filhos, indubitavelmente tão antiga quanto o próprio mundo, um valor novo: “passou-se a basear na afeição toda a realidade familiar (ÀRIÈS, 1981, p. 235).

A linha de pensamento importa a esta pesquisa no ponto em que desvenda a família não como uma instituição de direito privado na qual se transmitia bens e nome, mas destacada com sua função moral e espiritual.

O sentimento de igualdade familiar resultaria no Código Civil. A igualdade entre os filhos faz visível um clima afetivo e moral, decorrente da maior intimidade entre pais e filhos (SANTOS, 2010, p. 42).

Nesse viés vislumbra-se a relação de afeto, de respeito e igualdade entre todos entes familiares como determinante para as decisões internas familiares e, ainda, naquelas decisões com interferência estatal.

Registram-se os vínculos de amor como indissociáveis nas tomadas de decisão daqueles que precedem à prole, vinculando-se ao respeito à vida, ao dever de cuidado, à proteção daquele que virá ao mundo e será objeto transformador de uma família e conseqüentemente da sociedade.

A Constituição Federal de 1988 consolida um novo horizonte para as questões familiares. Isso nos fez analisar certos princípios constitucionais inerentes ao Direito de Família e que alicerçam a teoria que poderá ser utilizada no julgamento de casos levados ao Judiciário, diante da ausência de previsão legal para solucioná-los.

A inexistência de previsão legislativa não pode servir de justificativa para se negar a prestação jurisdicional ou deixar de reconhecer a existência de direito merecedor da chancela jurídica. Na omissão legal o juiz deve socorrer-se dos princípios constitucionais que estão no vértice do sistema. Com a

constitucionalização do direito civil, os princípios elencados na Constituição tornaram-se fontes normativas. Assim, deparado com o vazio da lei, nem a interpretação gramatical, nem a sistemática, nem a histórica servem. O moderno jurista prefere o chamado método teleológico, que se constitui em um método pluridimensional (ENGISCH, 2008, p. 108).

Sobre a constitucionalização do direito civil (ALBUQUERQUE, 2002, p. 45):

(...) deve ser compreendida em três níveis. Quais sejam: o formal, o substancial e o transformativo. Entende-se pelo nível formal a migração dos três institutos fundamentais das constituições privadas (contrato, família e propriedade) para a seara constitucional. Já o nível substancial diz respeito à existência de uma principiologia axiológica na Constituição que aproxima ou, praticamente, elimina as fronteiras entre direito público e privado. E por fim, o nível concernente à transformação do direito civil em razão da jurisprudência. Propugna-se por um direito civil construído rente à realidade.

Frisa-se que grande parte do direito civil foi parar na Constituição, reconhecendo temas sociais juridicamente relevantes a fim de lhes garantir efetividade. Podem ser citados os seguintes: artigos 1º, III, 3º, I, III, IV, 4º, II, 5º, I, II, XXX, XXXI, XXXIV, XXXV, XXXVI, XLI, LV, LX, LXVII, LXXIV, LXXVI, LXXVIII, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, 226, 227, 228, 229, e 230.

Quanto à importância da Constituição Federal:

No Brasil, embora os novos princípios tenham ganhado espaço, paulatinamente, durante todo o século XX, a Constituição da República de 1988 é o marco dessas transformações, por ter consagrado a igualdade dos cônjuges e a dos filhos, a primazia dos interesses da criança e do adolescente, além de ter reconhecido, expressamente, formas de famílias não fundadas no casamento, às quais estendeu a proteção do Estado (ROCHA, 2009, p. 01).

A família como base da sociedade encontrou sua proteção no artigo 226 que, com seus parágrafos abaixo, destaca-se:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

**§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.**

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

Este artigo eleva a família enquanto base da sociedade e por isso dotada de especial proteção do Estado. A família (ENGELS, 1980, p. 109) é relevante na estrutura da sociedade, porque é produto do sistema social e refletirá o estado de cultura desse sistema.

A força normativa da Constituição não reside somente na adaptação inteligente a uma dada realidade, converte-se ela mesma em força ativa, embora a Constituição não possa, por si só, realizar, ela pode impor tarefas (HESSE, 1991, p. 19).

“A norma nunca está sozinha, mas existe e exerce a sua função dentro do ordenamento, e o seu significado muda com o dinamismo e a complexidade do próprio ordenamento; de forma que se impõe uma interpretação evolutiva da lei” (PERLINGIERI, 2008, p. 617).

Na sua característica de fundamento de validade do ordenamento jurídico, a Constituição Federal subordina todas as normas, sendo este o sentido de sua supremacia, servindo, também, de garantia externa para a execução dos preceitos das normas infraconstitucionais (SILVA, p. 84-85).

Válida a seguinte perspectiva:

Do ponto de vista das fontes formais, relevante foi a migração operada pelo Código Civil à Constituição. O sistema clássico originário do Código Civil brasileiro é uma página que na história antecede o Direito Constitucional da Família, um campo de saber que rompe as fronteiras tradicionais do público (tendo espaço para um Estado forte quando os desiguais e fracos deles necessitam para seus direitos fundamentais) e do privado (tendo os horizontes abertos para um Estado fraco que permite aos indivíduos e a coletividade a realização pessoal e social de suas aspirações). Apontando mudanças substanciais, é indisfarçavelmente reconhecida a relevância do texto constitucional no Direito de Família (FACHIN, 2003, p. 308-309).

A observação atenta dos artigos 226 a 230 da Constituição Federal permite dizer que:

“a milenar proteção da família como

instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros” (TEPEDINO, 1999, p. 349).

Na constitucionalização do direito civil é que se perfaz a relevância dos princípios a seguir percorridos: na importância para o direito de família dos princípios constitucionais como parâmetro para as decisões judiciais em que não há normas expressamente previstas.

Diante do direito de não nascer pode-se vislumbrar a possibilidade de o nascimento deficiente do demandante constituir um dano juridicamente reparável, um direito à não vida. Colocam-se em causa princípios constitucionais estruturantes que estão na Constituição Federal Brasileira, no que tange à proteção da dignidade, inviolabilidade e integridade da vida humana, quer na vertente do ser quer na do não ser.

Embora a Constituição não diga o que é dignidade a tornou um dos princípios constitucionais, devendo ser buscada e preservada no Estado nacional.

Assim está disposta:

Art. 1º “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”.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem referência constitucional expressa no artigo 1º, inciso III, bem como no artigo 226, § 7º, que trata do planejamento familiar.

A dignidade da pessoa humana é:

o reduto intangível de cada indivíduo e, diante disso, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Isso não equivale a dizer da impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana (SARLET, 2005, p. 124).

Do instante que o legislador decidiu elevar a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento da ordem jurídica, registrou a preferência do ordenamento jurídico nacional pela pessoa humana e por sua dignidade.

Na esfera das entidades familiares o princípio da dignidade da pessoa humana materializa a emancipação de seus membros, à medida que o planejamento familiar é livre decisão do casal, conforme dispõe o art. 226, § 7º, da Constituição Federal, devendo ser feito em proteção daquele que poderá vir a nascer.

No âmbito familiar incumbe a todos os seus integrantes promover “o respeito e a igual consideração de todos os demais familiares, de modo a propiciar uma existência digna para todos e de vida em comunhão de cada familiar com os demais” (GAMA, 2008, P. 71). A família precisa ser um campo propício e destinado à realização da dignidade de todos os seus integrantes, inspirado sempre no afeto e respeito mútuo.

O apontamento do princípio da dignidade da pessoa humana na pesquisa importa para destacá-lo na seara do direito de família, pois “no Direito de Família, é em particular, o princípio que sustenta e paira sobre todos os outros princípios” (PEREIRA, 2006, p. 848).

Constata-se que há uma multiplicidade de usos deste princípio, mas, salienta-se que tal uso indiscriminado, embora possa acarretar uma banalização desde fundamental princípio, possui relevância ímpar, porque coloca em pauta a proteção e a promoção da pessoa humana (PEREIRA, 2004, p. 76).

Situa-se no artigo 226, §7º da Constituição Federal o princípio da paternidade responsável e também está relacionado nos artigos 227 e 229 também da Constituição, assim como nos artigos 1.630 e 1.634 do Código Civil. Esse princípio tem seu elo direto com o poder parental que envolve o cuidado e assistência. Num primeiro olhar é certo dizer que os pais têm autoridade natural sobre os filhos e em relação a eles faz escolhas conscientes.

A paternidade responsável refere-se à responsabilidade individual e social do daqueles que decidem procriar uma nova vida humana, existindo o dever destes de priorizar o bem-estar físico, psíquico e espiritual da criança que irá nascer (GAMA, 2008, p. 78).

Salienta-se na parentalidade responsável o planejamento familiar para que o filho seja concebido e criado dentro de um lar que garanta seus direitos, dignidade e, sobretudo, afeto, na perspectiva de que filho é para toda a vida. Assim, a responsabilidade dos pais em relação ao filho atual ou àquele que vai nascer se mostra vitalícia, vinculando os mesmos a todas as situações jurídicas existenciais e patrimoniais.

Essa compreensão tem coerência com a noção de que a autoridade dos pais é um poder familiar, diz respeito a uma autoridade que mantém os laços da família e dentro do círculo das relações desta se circunscreve (BEVILÁQUA, 1979, p. 833/839).

Os cuidados para com os filhos, resultantes do exercício do poder familiar e previstos em diversas normas, são delegados em primeiro lugar à família, independentemente de sua forma de constituição, sob a vigilância e a proteção da sociedade em geral e do Estado. (RIVA, 2016, p. 275).

A segurança garantida à família tem ainda operabilidade na possibilidade, concedida ao julgador, de buscar a melhor solução para os litígios considerando o caso concreto, algo que é facultado pelas legislações constitucional e infraconstitucional (RIVA, 2016, p. 275).

Conforme as determinações trazidas pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, no Código Civil vigente o poder familiar consagra-se como um *munus* que deve ser exercido, fundamentalmente, no interesse do filho (AZEVEDO, 2013, p. 285).

O poder familiar deve ser exercido no interesse da família, com a aplicação do princípio da paternidade responsável, o qual está insito no art. 226, § 7º, da Constituição Federal de 1988.

Sobre o conjunto dos direitos e dos deveres relativos ao poder familiar confere-se a existência da solidariedade familiar. Nessa compreensão, vê-se que na relação entre pais e filhos, deve se buscar, o cumprimento das normas, mas com base no respeito mútuo, na afetividade, na proteção e no cuidado, para preservar toda a relação familiar. Até porque os pais precisarão dos cuidados de seus filhos, como se conclui do contexto das normas existentes no Código Civil e demais diplomas legais referentes ao Direito de Família.

Por essa ótica o poder parental é visto pela reciprocidade de direitos e deveres entre pais e filhos, no sentido de que todos os cuidados para com estes devem se reverter em favor daqueles quando na velhice ou enfermidade necessitarem, segundo o disposto na Constituição Federal e na legislação ordinária e especial. Essa orientação mantém estrita relação com a solidariedade social contida no art. 3º, I, da Constituição e, nas relações privadas, está presente na solidariedade familiar (RIVA, 2016, p. 290).

Poder familiar associa-se aos deveres, quais sejam: os de alimentar, proteger, cuidar, educar, apoiar; à noção de responsabilidade dos pais – responsabilidade que é necessária para a segurança do filho e da família; ao direito assegurado aos pais para que pratiquem certos atos relativos aos filhos; à função dos pais como detentores de autoridade. Ao mesmo tempo, de acordo com as atuais concepções jurídicas do instituto, foi possível inferir que, para os pais desempenharem suas funções, um dos caminhos possíveis deve passar pela valorização de sua autoridade pela família. Deve passar, outrossim, pelos deveres, tanto dos pais de exercerem a autoridade no interesse do filho, como do filho em respeitar seus pais (RIVA, 2016, p. 292).

A valorização da autoridade dos pais deve fundar-se na afeição que é a base da sociedade parental e ter por objetivo manter os laços da família.

A hodierna concepção do poder familiar sofre influências de diversos fatores sociais e culturais e precisa ser interpretada segundo os valores constantes na sociedade, os quais têm como primeira finalidade as proteções física, mental, moral, espiritual e social e a defesa dos interesses dos filhos e da família (RIVA, 2016, p. 290).

Sobre o princípio da autonomia (menor intervenção estatal):

(...) é a consideração de uma das cruciais questões da contemporaneidade: o limite do público e do privado. O público e o privado são a dicotomia que nos permite pensar no espaço da vida privada em confronto com normas/regras de interesse público (PEREIRA, p. 7).

A complexidade do assunto possibilita a reflexão de que o reconhecimento do direito a não nascer doente ou a nascer completamente saudável comporta a seguinte consequência jurídica: a obrigação de abortar.

Fere-se a autonomia dos pais ou da genitora de dar continuidade à gestação, por opção, diante de um diagnóstico de doença no feto.

O desenvolvimento da tecnologia biomédica junto à expansão, na esfera jurídica, dos espaços de autonomia existencial permitiram reconhecer o merecimento de tutela de uma verdadeira autonomia reprodutiva. A partir, principalmente, de movimentos reivindicatórios das mulheres durante o século XX. A autonomia reprodutiva compreende os direitos



reprodutivos de conteúdo negativo, isto é, uma defesa contra qualquer ingerência, privação ou limitação da liberdade de escolha quanto a procriar ou não e, também o direito positivo de decidir se, quando e como procriar (BARBOZA, 2008, p. 779-783).

O livre planejamento familiar encontra fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e conjuga-se com o princípio da paternidade responsável (BARBOZA, 2008, p. 787).

O exercício da autonomia vincula-se à responsabilidade. Assim, no âmbito reprodutivo, são prioritários os princípios da plena igualdade entre os filhos e do melhor interesse da criança (BARBOZA, 2004, p. 163).

A autonomia reprodutiva tem seu fundamento na liberdade de planejamento familiar (LÔBO, 2009, p. 46). Na Constituição Federal essa liberdade está no artigo 226, § 7º:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

Ao se falar em autonomia, remete-se à autonomia reprodutiva e à liberdade na decisão do planejamento familiar. Não se restringe somente à ideia do direito a abortar. Mas também na opção de não o fazer, com a decisão pensada no âmbito da sua estrutura privada: a família constituída com base nos seus direitos de liberdade, autonomia e afetividade.

Como referenciado, o direito ao planejamento familiar constitui um direito humano e fundamental, de previsão expressa, direcionando-se à realização das potencialidades humanas no que se refere às decisões e à saúde reprodutivas. A violação desse direito implica em afronta à autonomia.

Cabe ao Estado interferir determinando a obrigação do aborto? Ou “dizer” que deveria ter sido feito, reconhecendo negligência e responsabilidade àquela que não abortou?

Caberia à Justiça determinar que, por ser o filho deficiente, a gravidez não pode ter continuidade e conseqüentemente o nascimento não deve acontecer, ou essa é uma decisão dos pais?

É possível refletir que se o aborto for obrigatório nos casos de malformação/deficiência do feto, o Estado estaria restringindo o controle parental, sob o argumento de que a não interrupção da gravidez seria uma espécie de negligência.

Não se trata de posicionar-se quanto ao aborto, os argumentos prós e contra têm justificativas que podem ser delineadas segundo uma determinada cultura e sociedade. Mas suscitar a reflexão de que não deve ser imposta uma obrigação de rompimento da gravidez porque o filho será deficiente, é relevante para o problema do trabalho.

Pois, além de ferir a autonomia, permite diferenciar “vidas saudáveis” das “vidas com deficiências”, discriminando os filhos o que importa em consequências jurídicas no direito de família.

Relacionando a decisão com a autonomia e a afetividade, podemos dizer sobre a inclusão dos deficientes e não a exclusão, o que iria ao encontro dos posicionamentos atuais relativos à deficiência. Para tanto, conveniente apresentar a questão.

A pessoa com deficiência durante muitos anos foi excluída das relações sociais, econômicas e jurídicas. Inicialmente, compreendia-se a deficiência como resultado de uma espécie de maldição ou castigo, posteriormente, porque a abordagem da deficiência chamava por uma condição individual a ser normalizada para permitir a inclusão da pessoa na sociedade (MENEZES, 2018, p. 579).

Com o modelo social de tratamento da deficiência que se apoia na orientação dos direitos humanos e fundamentais, é que a pessoa que tem alguma limitação física, psíquica ou intelectual passou a ser reconhecida em seus direitos, com igualdade de condições (MENEZES, 2018, p. 580).

O conceito de deficiência alterou-se, não mais enfocando uma condição intrínseca ao sujeito para representar o impedimento resultante de sua interação das suas limitações pessoais com as barreiras sociais. Com essa nova visão, a sociedade é que necessita de reabilitação pela redução ou eliminação de obstáculos que agravam as limitações do indivíduo com deficiência e pela adaptação do meio externo para alargar as funcionalidades daqueles que sofrem algum impedimento (MENEZES, 2018, p. 580).

A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência promulgada pela Organização das Nações Unidas em 2007, propôs a reformulação profunda nas

estruturas sociais e jurídicas dos estados signatários, com o fito de garantir a plena inclusão. A Convenção foi ratificada pelo Brasil através do Decreto n. 186 de 2008, sem oposição de reservas (MENEZES, 2018, p. 580).

Em 2015 foi promulgada a Lei Brasileira de Inclusão, denominada também como Estatuto da Pessoa com Deficiência, cujo projeto inaugural deu-se no ano de 2003. No Estatuto são conjugadas normas das mais variadas esferas do Direito, interferindo no âmbito das políticas públicas do Estado, com a finalidade de concretizar os objetivos da Convenção (MENEZES, 2018, p. 579-580).

No Direito Civil as mudanças foram paradigmáticas, pois a disciplina de muitas situações jurídicas existenciais e patrimoniais receberam ajustes para viabilizar a inclusão da pessoa com deficiência, para integrá-la nas relações jurídicas das quais estava excluída (MENEZES, 2018, p. 581).

No que tange às causas dos impedimentos ligados à deficiência, pode-se dizer que não estariam mais no pecado, na culpa ou no azar, mas na genética, na embriologia, nas doenças degenerativas, nos acidentes de trânsito ou no envelhecimento. Foi o ingresso do olhar médico que marcou a dicotomia entre normal e patológico no campo da deficiência, pois o corpo com impedimentos somente se delineia quando contrastado com uma representação do corpo que não tem deficiência (DINIZ, 2007, p. 23).

O desafio atual está em recusar a descrição de um corpo com impedimentos como anormal. A anormalidade é um julgamento estético e, portanto, um valor moral sobre os estilos de vida, não o resultado de um catálogo universal e absoluto sobre os corpos com impedimentos (DINIZ, 2007, p. 23).

Ainda nessa linha de pensamento, as relações de dependência são inevitáveis na vida social. Cuidado e interdependência são elementos que estruturam a vida social e impõem a centralidade da dependência nas relações sociais (MENEZES, 2018, p. 586).

Ainda:

A partir da noção de *self* transparente, isto é, do *self* moral daquele que tem o dever de cuidar das outras pessoas e é movido por um ideal altruísta, baseado nos laços de afeto e preocupação, reitera que o sujeito moral é inerentemente relacional, contrapondo-se à interpretação de *self* da tradição liberal. Nesta concepção, o *self* transparente é o elemento moral central da ética do cuidado. Trata-se de uma forma de compreender o indivíduo e a moralidade diferente da definição tradicional do ser humano nas sociedades capitalistas ocidentais, em que o indivíduo é prioritariamente percebido como sujeito independente, submetido apenas a si mesmo e ao comando da razão. (...) Esvaziar as noções de capacidade individual e independência

e fortalecer as ideias de interdependência e relação interpessoal como critérios de julgamento da condição variante permitem que o julgamento da deficiência seja relativizado (KITTAI, 2008, p. 137-156).

Sob esse parâmetro é que os indivíduos com deficiência irão se expandir nas relações sociais e jurídicas, integrando-se, construindo suas biografias a partir das escolhas que puderem realizar (MENEZES, 2018, p. 586).

Essa exposição acerca da deficiência serve para entender que uma vida com deficiência não deve ser considerada indigna e, reconhecer como tal, equivale a retroagir, derrubando direitos conquistados.

A deficiência não pode ser considerada um drama família ou pessoal, a ponto de servir como parâmetro para avaliar a dignidade. Isso leva a marginalizar os deficientes, deixando para eles a impressão de que jamais estarão incluídos na sociedade, permitindo-lhes pensar na indignidade da sua vida.

Retornando aos princípios, afirma-se que as carências legislativas sentidas pelos operadores do direito permitiram sua utilização em temas que ainda não figuravam no rol dos direitos expressamente positivados, mas que já se faziam presentes na sociedade. Diante de demandas que clamavam por uma solução que ou não eram agasalhadas ou sequer foram pensadas pela legislação, o direito civil passou a construir respostas com base na unidade do ordenamento, partindo de uma visão aberta das fontes do direito (CALDERON, 2011, p. 20-21).

Foi na ambivalência entre uma legislação insuficiente e demandas complexas típicas desta realidade do novo milênio que passou a se delinear a construção da categoria jurídica da afetividade. (CALDERON, 2011, p. 20-21).

Por meio deste princípio a família passa a ser o *locus* de realização existencial de seus membros, estimulando os laços afetivos e a comunhão de vida entre eles. O afeto talvez seja apontado atualmente como o principal fundamento das relações familiares. (TARTUCE, SIMÃO, 2007, p. 39)

A família de hoje não está ancorada na dependência econômica, mas na cumplicidade, na solidariedade mútua e no afeto existente entre seus componentes. Tornou-se um centro de realização pessoal, tendo a família essa função em detrimento dos antigos papéis econômico, político, religioso e procriacional (PEREIRA, 2011, p. 193).

O afeto adquiriu *status* de valor jurídico reconhecido como princípio através de uma construção histórica no qual o discurso psicanalítico é um dos principais

responsáveis, vez que o desejo e amor começam a ser considerados como o verdadeiro sustento do laço conjugal e da família (PEREIRA, 2011, p. 194).

Nessa conjuntura (PEREIRA, 2011, p. 195), embora o princípio da afetividade não esteja expresso na Constituição, apresenta-se como um princípio não expresso, nela estão seus fundamentos essenciais, quais sejam: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da solidariedade (art. 3º, I), da igualdade entre os filhos (art. 227, § 6º), a adoção como escolha afetiva (art. 227, § 5º e 6º), a proteção à família monoparental, tanto fundada nos laços de sangue quanto por adoção (art. 226, § 4º), a união estável (art. 226, § 3º), a convivência familiar assegurada à criança e ao adolescente, independentemente da origem biológica (art. 227), e também quando trata da violência no âmbito das relações familiares (art. 226, § 8º).

O reconhecimento pela justiça brasileira do domínio da afetividade tem sido um caminho na busca da justiça nas decisões dos litígios familiares. Dentro da perspectiva da antropologia situações decorrentes do Direito de Família permitem enfocar a dicotomia natureza/cultura quanto aos modos de apropriação jurídica na caracterização da parentalidade, dentre outras questões (SANTOS, 2010, p. 17).

### 3.3 A Teoria da ancestralidade no Direito de Família

Parte-se da ideia de que a família se delimita simbolicamente a partir de um discurso sobre si própria que opera como um discurso oficial. Ainda que culturalmente instituído, ele comporta uma singularidade. Cada família desenvolve sua própria história, ou seu próprio mito, tido como uma formulação discursiva revelando o significado e a explicação da realidade vivida, com base nos elementos objetiva e subjetivamente acessíveis aos indivíduos na cultura em que vivem (SARTI, 2004, p. 13).

Determinar a família como uma realidade constituída pelo discurso sobre si própria, internalizado pelos sujeitos, é a maneira de buscar uma definição que não se antecipe à realidade da família, mas que permite pensar como a família constrói, ela mesma, sua noção de si, supondo que isso se faz em cultura, dentro dos parâmetros coletivos do tempo e do espaço em que vivemos, que ordenam as relações de parentesco -entre irmãos, entre pais e filhos e entre aqueles que se conjugam (SARTI, 2004, p. 14).

Pensar no indivíduo como herdeiro de um processo acumulativo, que reflete o conhecimento e as experiências que adquiriu pelas numerosas gerações que o antecederam é afirmar que ele é resultado do meio cultural em que foi socializado (LARAIA, 2001, p. 24).

A maneira como o homem vê o mundo, as apreciações de ordem moral e valorativa, os diferentes comportamentos sociais são resultados de uma herança cultural, da operação de uma determinada cultura (LARAIA, 2001, p. 36).

O comportamento humano se origina no uso de símbolos. O símbolo transformou nossos ancestrais antropóides em homens e os tornou humanos. As civilizações se espalharam e perpetuaram somente pelo uso de símbolos; toda cultura depende de símbolos. É o exercício da faculdade de simbolização que cria a cultura e o uso de símbolos que faz possível a sua perpetuação. Nessa visão se afirma que sem símbolo não haveria cultura, e o homem seria apenas animal, não um ser humano. O comportamento humano é o comportamento simbólico (WHITE, 1970, p. 180).

Aponta-se que não há realidade humana exterior à cultura, uma vez que os seres humanos se formam em cultura, portanto, simbolicamente. Com as primeiras falas, aprende-se não apenas a se comunicar, mas a captar uma ordem simbólica, uma ordenação do mundo pelo significado que lhe é atribuído, conforme as regras da sociedade em que se vive (SARTI, 2004, p. 14).

Nessa posição sobre a cultura é que se contraria a identificação de família com a unidade de reprodução biológica (pai, mãe e filhos) e também à suposição da biologia humana como parte da ordem da natureza. Essa naturalização das relações sociais acontece de forma mais evidente em relação à família do que a outras instituições sociais, porque a família é o espaço social em que se concretizam os fatos da vida vinculados ao corpo biológico, como o nascimento, a amamentação, o crescimento, o acasalamento, o envelhecimento e a morte (SARTI, 2004, p. 15).

Com essa perspectiva, queremos chamar atenção para a possibilidade de se pensar em uma teoria da ancestralidade no Direito de Família, fundada na sabedoria dos que precedem à prole. A teoria refuta o direito de não nascer sob a ótica dos princípios e normas que regem as relações familiares.

Diante desses fundamentos, ao direito de não nascer que “permite” ver a vida como um dano em si, indigna de ser vivida por não ser perfeita, defende a teoria que

a decisão se deu em caráter afetivo dos pais que exerceram, desde a gestação, seus deveres de proteção pelo nascimento, pela vida.

Ao fundamento de que é dos pais a decisão sobre o nascimento de um filho deficiente, sem que a eles seja reconhecida negligência e gerada responsabilidade civil, afirma-se que os filhos estão sujeitos ao poder familiar dos pais, à obrigação destes de zelar por sua prole.

O Código Civil Brasileiro prevê a responsabilidade civil no artigo 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Também no seu artigo 227: “Aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

A responsabilidade consiste na reparação em decorrência de um desrespeito a um dever jurídico originário, é um dever jurídico sucessivo que surge com o descumprimento de um dever jurídico originário (CAVALIERI FILHO, 2011, p.2).

Há de se registrar que “A responsabilidade civil no Direito de Família é subjetiva, exige um juízo de censura do agente capaz de entender o caráter de sua conduta ilícita. É preciso demonstrar sua culpa” (MADALENO, 2007, p. 275).

Reconhecer a reparação civil significa identificar a existência de requisitos como culpa do agente, dano e nexos de causalidade. Na responsabilidade civil (para o caso subjetiva) exige-se um juízo de censura do agente, capaz de entender que sua atitude se configura num ilícito.

Na utilização da teoria que propomos isso não ocorre, pois o dever de cuidado e a afetividade presentes na decisão dos pais não configuram ilicitude, não se vislumbra negligência. Ao contrário: demonstra-se a decisão responsável dos genitores, baseada no conjunto dos princípios constitucionais do Direito de Família.

O dever de cuidado paterno-filial precisa ser observado no caso em que o filho exigir compensação pecuniária nos termos da legislação geral da responsabilidade civil vigente no Brasil.

Ainda: reconhecer, por alguma via, o direito de não nascer é sustentar que os genitores estariam obrigados a abortar nos casos de malformação, e isso justificaria a alegação do filho. Fere-se a autonomia surgindo a ideia de obrigação imposta pelo Estado e, segundo a liberdade no planejamento familiar (direito fundamental) nenhuma mulher pode ser obrigada a ter ou deixar de ter um filho contra a sua vontade.

A teoria proposta para reflexão nesta pesquisa privilegia a sabedoria dos pais e encontra respaldo nos princípios da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável, da autonomia quanto ao direito de procriar, justificando-se pela hierarquia e precedência que devem ser respeitadas.

Outrossim, verifica-se o poder familiar, poder-dever consubstanciado na autoridade parental. Se existem deveres em relação aos filhos, consequência lógica é que a eles cabe autoridade nas decisões, tendo a sabedoria para tanto, além da obrigação de fazê-lo.

Afirma-se que os pais vieram em primeiro lugar e por isso apenas eles possuem o direito de decidir sobre o nascimento ou o não nascimento dos filhos em condições de deficiência. Até porque o conceito de deficiência é relativo, fazendo parte de uma definição muito mais cultural do que uma questão natural.

As “regras” que são criadas dentro das famílias: reciprocidade, reconhecimento dos cuidados, vai além da consanguinidade. Quando se rompe com o aspecto exclusivo biológico, abre-se espaço, para o pensamento da família enquanto molde cultural e que desvenda a afetividade por meio de desenvolvimento dos laços afetivos. Estes laços permeiam as relações familiares, devendo haver um reconhecimento e certo respeito dos filhos em relação aos pais.

O entendimento oposto se traduz em afronta ao Direito de Família, pois levanta a hipótese da quebra desses laços afetivos, indispensáveis à família, contrariando os princípios contidos nela.

A opção pela vida, sem qualquer privilégio a perfeição ou melhor saúde, já é um dever dos pais que ligados estão aos filhos não apenas pelo caráter biológico, mas pelo vínculo afetivo. Elevam-se as relações familiares para além da consanguinidade, desbiologizando o parentesco, dando suporte ao caráter decisório fundamentado na consideração da vida pelo aspecto da afetividade.

Valoriza-se a vida, dando importância a cada ser humano dentro da sociedade, seja aquele com malformações físicas ou mentais que, de certa maneira, comunicam-se com outras famílias e constroem a sociedade através das diferenças, da comunicação, não menosprezando nenhuma vida humana.

Para analisar se há na escolha dos pais, ilicitude capaz de gerar danos e de embasar uma ação indenizatória com pretensão de reconhecer o nascimento como um dano a ser ressarcido pode ser aplicada a Teoria da Ancestralidade.



Reforça-se que a teoria está fundada nos poderes deveres dos ancestrais -os pais-, na hierarquia existente. Ela se alicerça no fato de que nas normas jurídicas, principalmente naquelas que administram as relações familiares, estão embutidos, os deveres, porque formuladas com observância aos princípios e valores contidos na Constituição Federal de 1988. O contrário equivale a inobservar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Eleva-se a afetividade, solidariedade, a igualdade das pessoas, o valor da família na sociedade, com respeito ao ser humano. Nesse aspecto podemos grifar a desbiologização, pois esses poderes/deveres de proteção ligam-se aos deveres de cuidado e valorização da afetividade, reconhecida a importância de todos os indivíduos.

O respeito entre os membros familiares vai além da consanguinidade e a quebra dessa relação de cuidado e afetividade contraria a importância da família para a sociedade enquanto célula *mater*, protegida e relevante para o desenvolvimento das relações sociais que se formam independente da definição de qual vida vale mais ou menos, de qual vida é menos ou mais digna.

Todos os indivíduos precederão de sua mãe e neste dado sabemos que a relação sanguínea está caracterizada, mas é com base nas relações afetivas que “dali” surgem e na sabedoria da precedência que se justifica o respeito à decisão tomada.

Assim, através de uma abordagem antropológica da desnaturalização e da utilização de princípios constitucionais inerentes ao direito de família, apresentamos a proposta de valorizar a sabedoria e poder de decisão dos pais, que pode ser afirmada pela precedência.

## CONCLUSÃO

Com o nosso estudo constatamos que a tecnologia aplicada na área da saúde e utilizada pela Medicina interfere na vida das pessoas, atingindo questões complexas e de grande controvérsia que se estendem ao nível ético e jurídico.

Essa interferência alcança o mundo jurídico, pois conduz mudanças na sociedade fazendo surgir novos direitos e situações de difícil análise. Desses conflitos se faz imprescindível que os ordenamentos jurídicos tomem posições.

A fim de desvelar esses direitos fizemos a exposição das *wrongfull actions*: *wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*. Foi possível demonstrar como os ordenamentos nos quais nasceram e se proliferaram essas espécies se posicionaram. Disso pudemos extrair os fundamentos das decisões proferidas nos casos descritos.

Aferimos que nos dois primeiros tipos são os genitores que agem em nome próprio pleiteando o reconhecimento de um “erro culposo” do médico ou de instituições da área da saúde. Àqueles que foram chamados como responsáveis por violarem negligentemente na área da medicina pré-natal a *leges artis* ou por descumprirem o dever de informação, dependendo da análise, podem ser reconhecidas a responsabilidade civil.

A questão mais complexa é a de *wrongful life* que envolve o direito de não nascer movido pelo próprio filho e por isso analisamos este direito de não nascer com suas consequências.

O direito de não nascer exige na sua apreciação uma comparação entre a “não vida” e uma “vida deficiente”. Por isso induz à assuntos que se ligam à Constituição Federal, tendo em vista que no sistema constitucional brasileiro a vida é um valor protegido.

Neste pensamento é correta a afirmação de que se protege a vida, a “não existência” não está garantida no nosso ordenamento. Outrossim, tentar atribuir a ela valor maior ou menor significa diferenciar. E, na discriminação dos indivíduos, no afastamento social, na visão de vidas inúteis, são atingidos os valores e garantias constitucionais contidos e derivados do princípio da dignidade da pessoa humana. Fere-se o primado da vida.

Trouxemos conceitos de bioética, biodireito revelando como esses temas possuem importância no debate, pois se relacionam com as questões que envolvem

a procriação, a vida, o direito, assim como valores éticos e morais. Os aspectos contidos nos direitos fundamentais também foram observados, fazendo-se presente mais uma vez a Constituição Federal.

A liberdade de procriar é uma liberdade pessoal, direito fundamental à liberdade, também a procriação no sentido de família, da perpetuação da espécie. Juntamente com os filhos nascem as relações sociais e jurídicas.

Com este raciocínio podemos pensar na liberdade positiva e liberdade negativa: deve o Estado intervir ou a decisão de ter um filho é dos pais? Reflete-se sobre uma esterilização eugênica compulsória para impedir transmissão de doenças graves ou contagiosas, a fim de prevenir uma eventual prole inválida ou inútil.

Assim, ficou estabelecida uma discussão dos argumentos favoráveis e contrários ao direito de não nascer. A observância da liberdade reprodutiva e a autonomia permitem afirmar que a questão do aborto no nosso cenário jurídico ainda é assunto de debate. Mesmo que a lei o proíba, comporta exclusão de ilicitude. Diversos são os argumentos tanto para defender a descriminalização do aborto quanto para a manutenção e alargamento de sua proibição legal.

Isso se deu para apreciar o direito de não nascer, ou seja: a possibilidade de recepção pelo direito brasileiro das ações de vida indevida propostas pelo filho em face dos genitores.

Deste modo, levantada a questão da existência de um direito de não nascer no direito brasileiro sob uma perspectiva constitucional, destacando que o problema aborda a relação familiar: filhos e pais, foi pensado por nós a possibilidade de criar uma teoria capaz ou não de atender a problemática.

Na teoria da ancestralidade que propusemos a pensar abordamos, através do viés antropológico, a desnaturalização do parentesco e, analisando as relações familiares, concluímos no sentido de que nelas a presença da afetividade, atrelada à dignidade da pessoa humana, importa sobremaneira na reflexão do direito de não nascer no ordenamento jurídico nacional.

Sob essa linha de pensamento concluímos que não existe um direito de não nascer no sistema constitucional. Como referimos acima a Constituição Federal não garante a “não existência”, protege-se a vida.

Embora haja controvérsias e o problema trazido seja objeto de futuros debates em razão da complexidade que possui, nos princípios constitucionais do direito de família conseguimos encontrar uma resposta para a indagação.

Da análise desses princípios em conjunto com os valores existentes na Carta Constitucional de 1988, afere-se que o direito de não nascer não se encontra tutelado no nosso sistema constitucional.

Tutelar o direito de não nascer significa dizer que aos filhos é permitido pedir indenização aos pais pela decisão do nascimento, sob o argumento de que viver com malformações ou deficiência é uma culpa a ser atribuída diante do reconhecimento de uma “negligência”.

No entanto, a decisão pelo prosseguimento de uma gestação, mesmo diante da informação e ciência de que o futuro filho não teria “perfeitas” condições de saúde, atende, mais do que o dever (legal) parental já existente na relação paterno-filial. A decisão do ancestral, do precedente (pais ou mãe) é sábia por privilegiar a vida, atribuindo a ela, mesmo que “deficiente”, um valor. Decisão que corrobora com nosso sistema constitucional.

O tema está aberto para reflexões, postas as questões que igualmente atingem a autonomia e a questão da procriação, assim como o valor da vida, a pergunta do trabalho ainda comporta variantes, pois há controvérsias possíveis.

O reconhecimento do direito de não nascer permite concluir que a deficiência pode ser considerada como elemento capaz de atribuir à vida a característica de indignidade, de maneira a confirmar um direito a não vida.

Assim, além de alcançar assuntos como deficiência, eugenia, aborto, discriminação, violam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável, da autonomia atrelada ao direito de procriação e liberdade no planejamento familiar, além da afetividade.

Da análise do problema: se existe um direito de não nascer no nosso sistema constitucional e dos aspectos abordados para sua reflexão é que se fez possível pensarmos numa teoria, a teoria da ancestralidade que está alicerçada na sabedoria dos pais e na precedência deles para a tomada de decisões em consonância com os princípios constitucionais abordados na presente pesquisa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Fabíola dos Santos. *Princípios sociais dos contratos nas relações de consumo*. Recife: Tese (doutorado) Universidade Federal de Pernambuco, 2012.

ARAÚJO, Mariza Almeida. *Ser ou não ser: as wrongful life claims*. *Lusíada Direito*, 2016, 91-132.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de família*. São Paulo: Atlas, 2013.

BARBOZA, Heloisa Helena. *A reprodução humana como direito fundamental*. In DIREITO, C. A. M.; TRINDADE, A. A. C.; PEREIRA, A. C. A. P. (coord). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 777-801.

BARBOZA, Heloisa Helena. *Direitos à procriação e às técnicas de reprodução assistida*. In LEITE, E. O. (coord.). *Grandes Temas da Atualidade: Bioética e Biodireito – aspectos jurídicos e metajurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 153-168.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 4. tir. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. *A construção de um conceito de privacidade, as cláusulas gerais e a concreção de direitos fundamentais*. In: MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CHAVES, MARIANNA. *Reprodução Assistida: o céu é o limite?* 8/12- *Revista IBDFAM*, Ed. 37, fev/mar. 2018

COHEN, Mark E. (1978): Park v. Chessin: the continuing judicial development of the theory of “wrongful life”, in “*American Journal of Law & Medicine*”, vol. 4, n.º 2, pp. 211-232.

DELGADO, Mario Luiz. *Responsabilidade civil da gestante por danos ao nascituro*. <https://www.conjur.com.br/2017-nov.05> Acesso em: 26 de março de 2019.

DIAFÉRIA, Adriana. *Clonagem, aspectos jurídicos e bioéticos*. São Paulo: Edipro, 1999.

DIAS PEREIRA, André Gonçalo. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Estudo de direito civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DIAS PEREIRA, André Gonçalo. *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*. 1ªed. Coimbra: Coimbra, 2015.

DIAS, José Francisco de Assis; KAMIKAWA, Gisele Keiko. *Concepção indevida, nascimento indevido e vida indesejada: como implicações do direito à vida ou dever de viver*. Disponível em: <https://www.unicesumar.edu.br/mostra-direitos-personalidade-2014/trabalhos/> Acesso em 24/07/2018.

DINIZ, Debora. *O que é deficiência*. São Paulo: Editora Brasiliense, 2007.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade e do Estado*. 4. Ed. Lisboa: Editorial Presença, 1980.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*: Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FRADA, Carneiro da. A própria vida como um dano? Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite. *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 2008, Ano 68.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei n.º 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2002.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor. 1991.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Bioética e biodireito: revolução biotecnológica, perplexidade humana e prospectiva jurídica inquietante. Palestra proferida na I SEMANAJUR – Primeira Semana Jurídica e Cultural de São Bernardo do Campo, em 21.08.2001.* Disponível em: [http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/bioetica\\_e.\\_biodireito\\_revolucao\\_biotecnologica\\_perplexidade\\_humana\\_e.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/bioetica_e._biodireito_revolucao_biotecnologica_perplexidade_humana_e.pdf) Acesso em 24/07/2018. Acesso em 24/07/2018.

HOLANDA, Caroline Sátiro de. *Violação à liberdade reprodutiva: uma análise dos pressupostos da responsabilidade civil para os casos de wrongful birth e wrongful life*. In: XXI Congresso Nacional do Conpedi, 2012, Niterói. XXI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: FUNJAB, 2012. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/24v1c46x/28wk8U55YOTENhP0.pdf>: Acesso em: 26/07/2018

JACKSON, Anthony. *Action for Wrongful Life, wrongful pregnancy, and wrongful birth in the United States and England*. 17, Loy. L.A. Intl Comp. L. Ver. 535, 1995.

JECKER, N.S. *The Right Not to Be Born: Reinterpreting the Nonidentity Problem*. *American Journal of Bioethics*, Oxfordshire, Routledge, 2012, vol. 12 no. 8.

KITTAY EF. *At the Margins of Moral Personhood*. *Journal of Bioethical Inquiry* 2008; 5(2):137-156.

KITTAY EF. *Dependency, Difference and the Global Ethic of Longterm Care*. *J. Political Philos* 2005; 13(4):443- 469.

LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*, 14 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

LÉVI-STRAUSS, CLAUDE. *As estruturas elementares do parentesco*. 3ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf. *Repensando o Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MEDINA, Graciela. *Daños en el derecho de familia*. 2ª ed. Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2008.

MENEZES, Joyceane Bezerra. *O direito de família entre o código civil e a lei brasileira de inclusão ou estatuto da pessoa com deficiência*. In *Família e Sucessões: polêmicas, tendência e inovações*, Coord. Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias, Belo Horizonte: IBDFAM, 2018.

MORILLO, Andrea Macia. *La responsabilidad Médica por Los Diagnósticos Preconceptivos y prenatales*. Doutorado. Universidade Autónoma de Madri Facultad de Derecho. 2003

MOTA PINTO, Paulo. *Indenização em caso de nascimento indevido e de ida indevida (wrongful birth e wrongful life)*, in *Lex Medicina*, ano 4, n. 7, 2007.

NARDELLI, Eduardo Felipe; SÁ, Priscilla Zeni de. *Concepção indesejada (wrongful conception), nascimento indesejado (wrongful birth) e vida indesejada (wrongful life): possibilidade da reparação na perspectiva do direito civil constitucional*.

NETO, Eugênio Facchini. *A tutela aquiliana da pessoa humana: os interesses protegidos*. Análise de Direito Comparado. Ano 1, n. 4, *Revista Jurídica Luso Brasileira*, 2015.

NUNES VICENTE, Marta de Sousa. *Algumas reflexões sobre as ações de wrongful life: a jurisprudência Perruche*, in *Lex Medicinæ*, Ano 6, n. 11, pp. 117-141.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil Brasileiro*. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Por uma principiologia para o direito de família*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e dignidade humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.



PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípio da afetividade*. In DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Uma principiologia para o direito de família*. <http://www.ibdfam.org.br/anais/download/40>, acesso em: 26 de abril de 2019.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Wrongful conception, wrongful birth e wrongful life: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelo ordenamento brasileiro*. *Ajuris* (Porto Alegre) (Cessou em 1998. Cont. ISSN 1679-1363 Revista da Ajuris), v. 117, p. 311-341, 2010. Versão digital disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10781&revista\\_caderno=7](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10781&revista_caderno=7). Acesso em: 02.08.2015.

PINTO MONTEIRO, António, *Direito à não existência, direito a não nascer*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Vol.II. 2006, A parte geral do código e a teoria geral do Direito Civil. Coimbra: Coimbra Editora.

PINTO MONTEIRO. *Direito à não existência, direito a não nascer*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Vol. II. A parte geral do código e a teoria geral do Direito Civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RAPOSO, Vera Lucia. *As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica*. *Revista Portuguesa do dano corporal*, pp. 61-99.

RIVA, Leia Comar. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, vol. 61, n. 1, jan./abr. 2016, p. 273 – 295.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. *O conceito de família e suas implicações jurídicas: teoria sociojurídica do direito de família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SANTOS, Dayse Amâncio. *Aqui a gente administra sentimentos: famílias e justiça no Brasil contemporâneo*. Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2010.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Biodireito. Ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARTI, Cynthia Andersen. "*Deixarás pai e mãe*": Notas sobre Lévi-Strauss e a família. *Revista Antropológicas* - ISSN: 2525-5223, [S.l.], v. 16, n. 1, set. 2011. ISSN 2525-5223. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistaanthropologicas/article/view/23623>>. Acesso em: 23 de abril de 2019.

SARTI, Cynthia Andersen. *Contribuições da antropologia para o estudo da família*. *Psicol. USP*, São Paulo, v. 3, n. 1-2, p. 69-76, 1992. Disponível em <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1678-51771992000100007&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-51771992000100007&lng=pt&nrm=iso)>. acessos em 29 abr. 2019.

SARTI, Cynthia Andersen. *Parentesco e Família*. *Com Ciência: Revista eletrônica de jornalismo científico*, 2009. [http://www.cienciamao.usp.br/tudo/exibir.php?midia=com&cod=\\_parentescoefamiliacynthi\\_1](http://www.cienciamao.usp.br/tudo/exibir.php?midia=com&cod=_parentescoefamiliacynthi_1) Acesso em: 23 de abril de 2019.  
SILVA, Anabelle Macedo. *Concretizando a Constituição*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Sara Elizabete Gonçalves da. *Vida indevida (wrongful life) e direito à não existência*. <http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/ldl/article/view/2384> Acesso em: 26/07/2018

SIMÕES, Fernando Dias. *Vida indevida? As ações por wrongful life e a dignidade da vida humana*. *Tékhné*, Barcelos, n. 13, p. 187-203, jun. 2010. Disponível em <[http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S164599112010000100010&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S164599112010000100010&lng=pt&nrm=iso)>. acessos em 16 maio 2019.

SOARES, Jenífer Naves; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direitos fundamentais, democracia e o Projeto Genoma Humano: bioética e biopolítica*. *Rev. Bioét. Brasília*, v. 26, n. 4, p. 506-513, dez. 2018. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S198380422018000400506&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S198380422018000400506&lng=pt&nrm=iso)>. acesso em 08 maio 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422018264268>.

STF, 30 DE JULHO DE 2018.  
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=385093>. Acesso em: 26 de abril de 2019.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: família*. São Paulo: Método, 2007.

TEIXEIRA PEDRO, Rute. *A responsabilidade civil do médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e tutela do doente lesado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. Tempo Universitário Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. In: *Temas de Direito Civil*. Tomo III, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WHITE, Leslie 1955 "The Symbol: The Origin and Basis of Humans Behavior", in Morbel, Lennings e Smith (orgs.), *Readings of Antropology*. Nova York, McGraw-Hill Book Co. Ed. bras. in Fernando Henrique Cardoso e Otávio Ianni, *Homem e sociedade*. São Paulo, Cia. Editora Nacional, 5ª ed., 1970.

YÁGUES, Ricardo de Angel. Demandas por responsabilidade em relación com los diagnósticos preimplantatorios y prenatales y el consejo genético. *Genética y Derecho*. Consejo General de Poder Judicial, Madri, 2001.