Q336

Dernival da Silva Brandão
Hélio Bicudo
Ieda Therezinha N. Verreschi
Ives Gandra da Silva Martins
Jaques de C. Penteado (org.)
João Evangelista dos S. Alves
José Renato Nalini
Mannoun Chimelli
Marília de Siqueira
Ricardo Henry Marques Dip (org.)
Roberto Vidal da Silva Martins
Rosa Maria B. B. de Andrade Nery
Sandra Cavalcanti
Sylvio Roque de G. Horta

A VIDA DOS DIREITOS HUMANOS

Bioética Médica e Jurídica

Sergio Antonio Fabris Editor
Porto Alegre / 1999

6. WATSON, J. D. *The Double Helix - A Personal Account of the Discovery of the structure of DNA*. W.W. Norton & Company, New York. Gunther Stent Editor, 1980.
7. PARDO, A. Diagnóstico genético, para curar ou para selecionar?1996, Aceprensa 13/96.
8. PUESCHEL, S (org.) *Síndrome de Down: Guia para pais e educadores* 3ª Ed. Papirus, Campinas, SP, 1998.
9. RAMOS, R.C. *Cartas que Você não Lerá*, Ed.Quadrante, São Paulo,1995.
10. KOLATA, G. Clone. The Road to Dolly and the Path Ahead. William Morrow and Co., Inc. NY, 1998.

O DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO E A INVIOLABILIDADE DA VIDA HUMANA.

Ives Gandra da Silva Martins
Professor Emérito da Universidade Mackenzie,
Em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito
Econômico e de Direito Constitucional.

- I -

Em 1º de Outubro de 1946, o Tribunal de Nuremberg concluia o julgamento de uma vintena de nazistas, absolvendo três, condenando à morte doze, e à prisão perpétua três, por crimes contra a humanidade, apesar da inexistência de qualquer texto expresso legal que justificasse a condenação.[1]

1 - Teço comentários sobre o julgamento no artigo "O Veredito de Nuremberg", publicado no Jornal da Tarde em 1º de outubro de 1996, p. 2-A.

Apenas em 10 de dezembro de 1948 a ONU promulgou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, obrigando os países signatários daquela entidade internacional, a respeitá-los, em seus respectivos ordenamentos jurídicos.

A antecipação representada pela decisão do Tribunal de Nuremberg, todavia, traduz a clara noção de que há direitos que o Estado pode apenas reconhecer e não criar, não se justificando qualquer ação contra a dignidade humana sob a alegação de estarem as autoridades a aplicar e cumprir as leis do seu país, apesar de reconhecidas como injustas, tirânicas e atentatórias aos direitos e garantias universais plasmados no direito natural.

- II -

O primeiro e mais importante de todos os direitos fundamentais do ser humano é o direito à vida. É o primeiro dos direitos naturais que o direito positivo pode simplesmente reconhecer, mas que não tem a condição de criar.[2]

2 - Sobre o referendo português a respeito do aborto de 1998, a Editora Principia (Cascais, 1998) publicou interessante livro com o título "Reflexões sobre um Referendo", com a colaboração dos seguintes autores: Afonso d'Oliveira Martins, Ana Bívar, Ana Catarina França Peres, António Pais Pires de Lima, António Pedro Barbas Homem, António Pinto Pereira, António Sequeira Ribeiro, Augusto Lopes-Cardoso, Cristina Andrade, Cristina Líbano Monteiro, Diogo Leite de Campos, Eduardo Vera-Cruz Pinto, Fausto de Quadros, Francisco Lucas Pires, Germano Marques da Silva, Isabel Câncio, João Carlos Gonçalves Loureiro, João Perry da Câmara, Jorge Bacelar Gouveia, José Gabriel Queiró, José de Oliveira Ascensão, José Pedro Ramos Ascensão, José Tomás Ferreira, Júlio Elvas Pinheiro, Luís Gonçalves da Silva, Luís Menezes Leitão, Manuel António Carneiro da Frada, Margarida Telles Romão, Maria da Assunção Cistas, Maria Clara Sottomayor, Maria Conceição Ferreira da Cunha, Maria de Fátima Mata-Mouros, Maria da Graça Trigo, Maria José Nogueira Pinto, Mário Emílio Bigotte Chorão, Miguel

Três são as leis que se postam no universo cognoscível do ser humano pela e além da razão. A lei eterna, a lei natural e a lei positiva.[3]

Da primeira não cuidarei nesta singela exposição. Ultrapassa a relação ontognoseológica e foge à epistemologia clássica. Dizendo respeito às relações entre os homens e Deus, não pode ser reduzida a mero e insuficiente conhecimento racional, cuja notória limitação no campo de atuação resta evidente. Quando mais o homem abre horizontes ao denominado conhecimento científico, mais dúvidas acrescenta às anteriores e menos claramente vê as questões fundamentais sobre sua origem e razão de ser, assim como do Universo em que ele vive.

A Universidade de Navarra publicou há alguns anos, "História Universal" em treze volumes e, no exame das correntes que buscam explicá-la, Luiz Soares Fernandez, autor do primeiro volume, demonstra o extraordinário paradoxo: as escolas materialistas, que se dedicam a explicar a aventura do ser humano sobre a terra, tiram-lhe seu mais importante atributo, que é a liberdade, pois acreditam no determinismo, na evolução natural, como pretendem Rousseau, Hegel, Marx ou Vicco[4] Diagnosticam tais autores --e Vicco com problemas sérios de consciência científica-- que o homem

Cancella d'Abreu, Miguel Pedrosa Machado, Mônica H.N. Leite de Campos, Paulo Câmara, Paulo Ferreira da Cunha, Paulo Otero, Paulo Pulido Adragão, Paulo Teixeira Pinto, Pedro Pais de Vasconcelos, Pedro Pereira dos Santos, Pedro Roseta, Rita Amaral Cabral, Rita Lobo Xavier, Sofia Gouveia Pereira e Tiago Duarte.

3 - Tomáz de Aquino, na Suma Teológica, esclarece, com perfeição, os três planos normativos ("The Great Books", vols. 19 e 20, Ed. Britannica; 1955).

4 - Rosseau ("The Social Contract, The Great Books", vol. 38, Ed. Britannica); Hegel ("A Fenomenologia do Espírito", Ed. Abril, 1974); Marx ("O Capital", Ed. Abril, 5 vols., 1983) e Vicco ("Princípios de uma Ciência Nova", Ed. Abril, 1974).

necessariamente evoluirá, independente de sua liberdade decisória, pois os fatos pretéritos assim, teoricamente, o demonstram.

Já os autores que explicam a História a partir de uma procura incessante do homem por Deus ou pelo poder divino que o criou – fato cujas manifestações evidentes vêm desde as primeiras obras artísticas primitivas e passam por toda a hierarquia sacerdotal e governamental das primeiras civilizações, chegando até nós, inclusive pela adoção do referencial de tempo ligado à figura de Cristo-- acreditam na absoluta liberdade do ser humano e negam o determinismo histórico que traçaria o destino futuro do homem. Assim, as correntes não materialistas crêem na liberdade do indivíduo para definir o seu destino, o que é negado pelas correntes materialistas.[5]

Tais rápidas considerações demonstram apenas quão interessante se revela o campo das indagações na área pertinente à lei eterna, mas que não se constitui o campo ideal de discussão nestas poucas páginas.

O que me interessa conhecer é que, no campo das relações humanas racionais, há duas leis que regem a ordem social: a lei natural e a lei positiva.

A lei natural foi razoavelmente percebida pelos gregos e pelos romanos, que entendiam haver duas ordens pertinentes à organização social: uma delas preexistente à sociedade e inerente ao ser humano, que nasceria com tais direitos, e outra criada pelo Estado conforme as necessidades circunstanciais e próprias de seu povo. À primeira denominavam "direito natural" e à segunda

5 - "Puede el hombre, inclusive, aceptar o rechazar de forma consciente y libre toda una serie de condicionamentos estrictamente somaticos. Cabe asi decir que si, por ejemplo, es verdad que el condicionamento geográfico, climatico, etc., que expone Aristóteles y que veintidos siglos mas tarde recogerá Montesquieu, tal condicionamento nos es toda la verdad. Puede darse, pero no es inevitable que se de" (Luiz Soares Fernandez, vol. I/52).

"direito escrito" ou "positivo". Não chegaram seus autores a estudar, nesse nível de clara divisão, as duas ordens, mas de seus escritos deduz-se a intuição das mesmas, que o direito natural moderno veio a reconhecer.[6]

Contrariando os racionalistas, que pressupunham a existência de normas de direito natural para todas as relações humanas, os autores modernos, relembrando as intuitivas lições dos gregos, esclarecem que as leis essenciais de qualquer ordenamento jurídico são de direito natural, como o direito à vida, à segurança, à liberdade, etc. As leis acessórias, aquelas mutáveis no tempo, não o são, visto que cabe a cada comunidade organizada ter a lei que reja sua convivência social, respeitados aqueles direitos fundamentais. Assim, a forma de governo, por exemplo, seria norma pertinente ao direito positivo e não ao direito natural, desde que respeitados os direitos primeiros do ser humano.

Ora, da mesma forma que há leis naturais que regram a Biologia, Física, Química, há leis naturais que regem os principais direitos do ser humano, como René Cassin, o principal autor da declaração universal dos direitos humanos, admite. Em outras palavras, tais direitos, reconhecidos pelos ordenamentos jurídicos dos principais países civilizados, não são próprios do direito positivo, mas do direito natural.[7]

6 - Platão em seus diálogos ("The Great Books", Ed. Britannica, vol. 7, 1955) e Aristóteles em "Nicomachean Ethics e Polites" ("The Great Books", Ed. Britannica, vol.9, 1955), assim como Políbio na História (ed. UNB) intuem tal divisão.

7 - "Human Rights since 1945: An appraisal" ("The Great Ideas", 1971, Ed. Britannica, pág. 5).

Alguns autores, como Reale e Goffredo Telles Jr[8] entendem que tais direitos naturais decorrem de uma evolução histórico-axiológica, sendo, pois, posteriores à criação do homem e não inerentes a seu aparecimento, contrariando, tal postura, a de Izquierdo, Hervada, Messner, René Cassin, Ylves José de Miranda Guimarães, Pedro Galvão de Souza.[9] É bem verdade que Miguel Reale, em sua teoria tridimensional do Direito, ultrapassa a visão historicista-axiológica para uma concepção fenomenológica mais próxima da visão jusnaturalista moderna, embora não em uma direção tomista.

Entendo que a visão mais correta é aquela que concebe o direito natural como inerente à condição humana. O homem nasce com certos direitos, que não vem a receber por mera repetição de fatos históricos que os valorize, mas tal repetição decorre do reconhecimento de sua inerência. Por esta razão, tais direitos são imutáveis e não circunstanciais.

Em verdade, tal polêmica esgota-se no rigor de sua conformação, visto que ambas as correntes entendem que os direitos principais, pertinentes a cada ordenamento jurídico, são de direito natural e não criação do direito positivo, que ao não reconhecê-los perde a legitimidade própria de sua força impositiva e reduz sua capacidade de permanência no tempo. A teoria do alcance da norma injusta reserva-lhe pouca extensão e durabilidade.[10]

8 – Goffredo Telles Junior ("Direito Quântico", 5ª ed., Ed. Max Limonad, 1980), Miguel Reale ("Direito Natural/Direito Positivo", Ed. Saraiva, 1984).
9 – Izquierdo e Hervada ("Compêndio de Derecho Natural", 2 vols., Ed. EUNSA, 1980), Johannes Messner ("A Ética Social", Ed. Quadrante), Ylves José de Miranda Guimarães ("O Tributo", Ed. Max Limonad, 1983) e José Pedro Galvão de Souza em diversos artigos na "Revista Hora Presente".
10 - Meu "A Legitimidade do Poder e uma Teoria de Alcance" "(Revista de Direito Constitucional e Ciência Política", vol. 2, Ed. Forense, janeiro de 1984).

Tenho visão pessoal do problema, visto que, reconhecendo a imutabilidade dos direitos fundamentais e da lei natural, não afasto de todo a visão racionalista[11] cujo fracasso maior residiu em sustentar, sem aferição científica, a condição de direito natural para todas as relações reguladas pelo Direito. Entendo, todavia, que são de direito natural as leis já aceitas, pela ciência e pelos autores, como fundamentais ao ser humano. Na medida, entretanto, em que o ser humano for estendendo o universo de seu conhecimento, é provável que venha a detectar novas leis naturais e serem agregadas às atuais, como o astrônomo acrescenta, de tempos em tempos, novas leis às já existentes sobre a mecânica dos cosmos, na medida em que estende seu conhecimento racional sobre esse objeto de estudo.[12]

No caso, todavia, desta singela exposição, interessa-me apenas discutir o direito fundamental do ser humano à vida, que é lei não criada pelo Estado, mas pelo Estado apenas reconhecida e que pertence ao ser humano, não por evolução histórico-axiológica, mas pelo simples fato de ter nascido. É-lhe inerente e não concedida.

O artigo 5º da Constituição Brasileira é, fundamentalmente, norma de direito natural, posto que seu caput principia com a seguinte afirmação: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade".

É evidente que o direito à vida implica outros direitos que lhe permitam ser exercido, que também são de direito natural, como o direito à educação, à liberdade de associação, ao trabalho, à saúde, à dignidade pertinente ao ser humano, à intimidade, a não ser afastado

11 - A matéria foi por mim tratada no "Caderno n. 1 de Direito Natural" (ed. CEEU/CEJUP, 1985, págs. 20/27).
12 - Carl Sagan, em "Cosmos" (ed. UNB), demonstra a surpreendente revolução na percepção das leis celestiais que representaram as viagens espaciais.

da convivência social, senão se lhe trouxer mal superior, a partir dos indícios de sua atuaçào pregressa.

O principal dos atributos está, todavia, em ser garantido, em suas insuficiências, contra a violência dos mais fortes, posto que a igualdade de todos os seres humanos perante a sociedade coloca-se à luz de suas desigualdades, neutralizadas pelo poder do Estado, capaz de reconhecer as leis naturais e de criar as leis positivas de salvaguarda e segurança.

Com rara precisão Platão retrata o dilema, através de Cálicles, que entende ser de direito natural os fortes dominarem os fracos, posto que cada um teria direito a seus atributos, cabendo aos fracos o direito à fraqueza e ao forte o direito à fortaleza. Pela palavra de Cálicles, o Estado não deveria suprir o fraco contra o forte, pois se oporia à natureza das coisas. Sócrates o contraria, ao mostrar que, vivendo o homem em sociedade, a sociedade iguala os desníveis e supre as desigualdades, sobre ser mais feliz o forte adaptado a uma sociedade em que os fracos têm dignidade, que àquela em que os escravisa e domina, mas perde a relação convivencial entre os seres humanos.[13]

O direito à vida, talvez, mais do que qualquer outro, impõe o reconhecimento do Estado para que seja protegido e, principalmente, o direito à vida do insuficiente. Como os pais protegem a vida de seus filhos logo após o nascimento, pois estes não teriam condições de viver sem tal proteção, dada sua fraqueza, e assim agem por imperativo natural, o Estado deve proteger o direito à vida do mais fraco, a partir da "teoria do suprimento".[14]

13 - O diálogo, que trata da magnífica tertúlia, denomina-se "Gorgias" ("The Great Books", Ed. Britannica, 1975).

14 - Em "Caderno de Direito Econômico n. 4", Ed. CEEU/CEJUP, 1986, págs. 86 e 113 discorri sobre a "teoria da acumulação" que permitiu a evolução econômica da humanidade, suporte da "teoria do suprimento", que fez do Estado protetor natural do insuficiente.

Por esta razão, o aborto e a eutanásia são violações ao direito natural à vida, principalmente porque exercidas contra insuficientes. No primeiro caso, sem que o insuficiente possa se defender, e, no segundo, mesmo com autorização do insuficiente, que, levado pelo sofrimento, não raciocina com a lucidez que seria desejável. É violação ao direito à vida o suicídio, pois o suicída é também um insuficente levado pelo desespero ao ato extremo, por redução da sua capacidade inata de proteção, constituída pelo instinto de preservação.

Os argumentos, que têm sido trazidos à discussão, de que o aborto não é atentado ao direito à vida, mas o exercício de um direito ao corpo que a mulher possui, não prevalecem, visto que se a própria natureza feminina a faz hospedeira do direito à vida de outrem. No momento em que a concepção se dá, já não é mais titular solitária de seu corpo, que pertence também a seu filho. E o egoísmo que a leva a assassiná-lo, para fazer do corpo objeto de uso exclusivo de seus apetites, caprichos, conforto ou qualquer outro motivo, representa tirar o direito de outrem, que também é titular do corpo materno. Desde a concepção, o corpo feminino pertence a duas vidas, é dirigido por dois seres, mãe e filho, e a mãe não pode praticar homicídio para retirar ao filho direito que possui para sua sobrevivência, ao corpo materno, qualquer que seja a conveniência ou o motivo. O corpo já não mais lhe pertence por inteiro e o aborto, em tal caso, representa, em verdade, um latrocínio, visto que ao assassinato do filho acresce-se o roubo da parte do corpo materno que de direito ao filho gerado pertence.[15]

Nem se argumente que tal atividade é muitas vezes forma de permitir a sobrevivência de outros filhos, nos lares de prole

15 - José Carlos Graça Wagner, em magnífico voto na Seccional do Conselho da OAB/São Paulo e publicado por edição particular, também considera assassinato o aborto.

numerosa, ou de evitar-se a explosão demográfica. A partir de tal concepção, justificar-se-ia outras formas de reduzir a população humana, como, por exemplo, eliminar os velhos, os loucos, os doentes, enfim todos aqueles que, por não serem úteis, representassem um peso para a sociedade.

Segundo essa maneira de ver a vida, do ser humano só se justifica na medida em que ele seja útil, como um touro reprodutor, que, enquanto serve, deve viver, mas, passada a época de reprodução, é levado para o corte. O utilitarismo do ser humano, transformado em máquina social, teria idêntico tratamento ofertado ao gado, nas fazendas de seus criadores.[16]

Acresce-se, no caso do aborto, que o feto é o insuficiente pleno. Não possui meios de defesa. Por isto, já os romanos lhe davam proteção pelo direito, visto que a lei é a sua melhor defesa.

Se se perguntasse hoje a qualquer das pessoas cujas mães pensaram, no passado, em abortá-las, mas não sucumbiram à tentação, se gostariam de ter sido abortadas, a resposta seria negativa, visto que agora podem exercer plenamente o direito de defesa de que à época não poderiam valer-se, se suas mães tivessem concretizado a intenção.

Acresce-se um elemento fático. Todos os médicos, quando cuidam das técnicas de aborto, reconhecem que o feto sofre morte violenta e dolorosa; muitas vezes demorada, que é tanto mais dolorosa quanto mais evoluída estiver a gravidez. Certas técnicas, que queimam, por inteiro, o nascituro, fazem-no, quando retirado, assemelhar-se a seres atingidos por bombas de "napalm". Outros são dilacerados de tal forma, como se uma máquina infernal tivesse

16 - Jean Villadrich, em "Agonia do Casamento Legal" (Ed. Theologica, Braga), desvenda nesta visão utilitária da "máquina humana", em que o homem é transformado, sua perda dos valores essenciais lastreados no casamento.

retirado, sem anestesia, os membros e as partes do corpo de um homem ou de uma mulher, em tortura medieval.

Um eminente físico em São Paulo, professor universitário (José Bechara), certa vez declarou-se favorável ao aborto, em tese, mas inaplicável na prática, diante da impossibilidade material de que todos os abortistas fossem abortados. Vale dizer, se possível devolvê-los ao ventre materno, que neles próprios se aplicasse a teoria que propugnam para os indefesos fetos.[17]

O direito à vida é o principal direito do ser humano. Cabe ao Estado preservá-lo, desde a sua concepção, e preservá-lo tanto mais, quanto mais insuficiente for o titular desse direito. Nenhum egoísmo ou interesse estatal podem superá-lo. Sempre que deixa de ser respeitado, a história tem demonstrado que a ordem jurídica que o avilta, perde estabilidade futura e se deteriora rapidamente.[18]

O direito à vida deve ser sempre protegido e seu afastamento apenas se justifica, contra aqueles que o procuram negar, como nos casos de legítima defesa, em que a morte do agressor decorre da preservação do direito à vida do agredido, que estava a ponto de perdê-la sem ter dado causa à agressão.

Nenhum ordenamento jurídico é justo, sem respeito a esse direito. Nenhum povo permanece no tempo, quando o desrespeita. E a decadência das civilizações, normalmente, coincide com o desrespeito da injusta ordem legal a tal direito.

O mais fundamental direito natural do ser humano é, portanto, aquele que tem à vida.

17 - A observação foi feita, em uma conferência no Centro de Estudos de Extensão Universitária, pelo físico das Universidades Mackenzie e Mauá, Professor José Maria Bechara.

18 - Ainda a História recente da Alemanha Nazista aponta para o caminho de curta duração dos ordenamentos legais que violentam o direito à vida (Raymond Cartier, "La seconde guerre mundiale", 2 vols., Ed. Larousse).

- III -

A Constituição Brasileira alterou, pois, a disposição do direito anterior, que apenas protegia "direitos concernentes à vida", mas não o próprio "direito à vida", como a atual, tornando-o garantido desde a concepção.

É de se lembrar que a Constituição de 1988, em seu art. 5°, § 2°, diz que, em matéria de direitos fundamentais, o Brasil deve considerar cláusulas pétreas os tratados que sobre esta matéria assinou, estando assim redigido:

> "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Ora, o Brasil foi signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que em seu artigo 4° (p. 438), Seção I, declara que:

> "Artigo 4° - Direito à Vida
> 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. *Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção.* Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente" (grifos meus) [19],

19 - O preâmbulo da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) está assim redigido nos seus primeiros considerandos: "Os Estados Americanos signatários da presente Convenção,
Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime especial de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais;

pelo qual deverá o Estado garantir a vida do ser humano, desde a sua concepção.

De rigor, desde o primeiro aceno das nações, na ONU, em 1945, para a proteção de direitos humanos, que desembocou na definição de um elenco de tais direitos na declaração universal de 10/12/1948, o Brasil vincula-se à concepção lata do direito internacional que objetiva proteger o direito à vida, e principalmente, contra os atentados, denominados falsamente de "humanos", como a pena de morte, para proteger a sociedade, a eutanásia, para aliviar a dor do doente e ao homicídio uterino, para que a mulher, dona de seu corpo, tenha direito ao coito irresponsável, podendo estancar a vida que hospedou em seu seio.[20]

Nada obstante a clareza de dispositivos constantes dos tratados internacionais, o certo é que variada legislação infra ou constitucional, em diversos países, têm --principalmente em relação à pena de morte e ao aborto-- permitido a hospedagem da retrógrada

Reconhecendo que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar que oferece o direito interno dos Estados americanos;
Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional" (Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, Flávia Piovesan, Ed. Max Limonad, 2a. ed., 1997, p. 437/438).

20 - Ronald Dworkin in "Life's Dominion - An Argument about abortion, euthanasia, and individual freedom" (Vintage Books, New York, 1994, p. 49) lembra: "Cardinal Bernardin has not, so far as I know, cast any explicit doubt on the official contemporary Catholic view that a fetus is a person from conception. In a recent speech, he urged his listeners to help "save the lives of millions of our unborn sisters and brothers".

visão de que, para o bem da mulher, da sociedade e do direito, o ordenamento deve permitir o aborto, a pena de morte e a eutanásia, a meu ver, em franca violência aos textos atrás mencionados.

Não tecerei maiores considerações sobre tais países e textos legislativos, porque, neste livro, tal matéria foi entregue à reflexão de meu filho Roberto Vidal da Silva Martins.

O certo, todavia, é que os textos internacionais e da ONU são claros, na vedação ao direito do Estado. Tais textos, todavia, continuam sendo violados, pela adoção, inclusive em países mais civilizados --e entre estes, diversos Estados dos Estados Unidos--, da retrógrada visão romana de pátrio poder, dos primeiros tempos de seu direito sobre pessoas e bens, com direito de vida e morte sobre suas ações.

Apesar de comentados por meu filho Roberto, cabe, todavia, uma consideração de ordem sociológica comparada, qual seja a de que, em tais casos, a sociedade procura livrar-se do incômodo da convivência com pessoas que não deseja, ou seja, pessoas socialmente inconvenientes.

Escrevo, pois, como última consideração, sobre o fundamento ao ataque a direito à vida, ou seja, o afastamento dos socialmente inconvenientes.[21]

21 - Manoel Gonçalves Ferreira Filho sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos escreve: "Com efeito, nela estão a liberdade pessoal, a igualdade, com a proibição das discriminações, os direitos à vida e à segurança, a proibição das prisões arbitrárias, o direito ao julgamento pelo juiz natural, a presunção de inocência, a liberdade de ir e vir, o direito de propriedade, a liberdade de pensamento e de crença, inclusive religiosa, a liberdade de opinião, de reunião, de associação, mas também direitos "novos" como o direito de asilo, o direito a uma nacionalidade, a liberdade de casar, bem como direitos políticos --direito de participar da direção do país--, de um lado, e, de outro, os direitos sociais --o direito à seguridade, ao trabalho, à associação sindical, ao repouso, aos lazeres, à saúde, à educação, à vida cultural--, enfim, num resumo de todos estes --o direito a um nível de vida adequado (o que compreende o direito à alimentação, ao alojamento, ao

- IV -

Duas observações recentes sobre o aborto impressionaram-me. A primeira, externada por Olavo de Carvalho, em seu artigo intitulado "O desejo de matar" [22] em que afirma:

> "Não havendo certeza absoluta da inumanidade do feto, extirpá-lo pressupõe uma decisão moral (ou imoral) tomada no escuro",
>
> concluindo, em relação aos abortistas, que:
>
> "porém, é claro também que nada adianta argumentar com pessoas capazes de mentir tão tenazmente para si próprias".

A segunda foi feita por Luís Garcia Leme, Professor de Geriatria da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, em que diz: os que defendem o aborto, fazem-no porque o nascituro a ser eliminado é "socialmente inconveniente".[23]

De rigor, a quase unanimidade dos defensores do aborto, declaram-se contrários a este homicídio uterino, mas que, em determinadas circunstâncias, ele se justifica porque o fruto da concepção é indesejável, porque foi concebido contra a vontade, por descuido ou porque o feto está mal formado, não se compreendendo que a mãe ou os pais sejam obrigados a sustentar por toda a vida um ser humano deformado ou mal querido, razão pela qual este ser, "socialmente inconveniente", deve ser exterminado.

vestuário etc.) numa palavra--, aos meios de subsistência" (DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS, Ed. Saraiva, 1995, p. 53).

22 - Jornal da Tarde, 22/01/96, p. 2.

23 - Em conferência no Centro de Extensão Universitária no mês de junho de 1996.

De rigor, poucas são as feministas que sustentam, pura e simplesmente, que o direito ao coito livre pelas mulheres é superior ao direito à vida, justificando-se sempre o assassinato do nascituro sem defesa.

A grande maioria dos abortistas, são contrários ao aborto, defendendo sua adoção apenas nos casos de nascituros "socialmente inconvenientes".

É exatamente este raciocínio o que mais me preocupa, pois é aquele "alcandorado" de uma certa lógica humanitária, que pretende eliminar problemas de consciência dos que são "obrigados" a praticá-lo, para que o feto executado, se nascido fosse, não tivesse o dissabor de ser "socialmente indesejado".

É que o raciocínio de tais abortistas pode ser aplicado a todos os seres humanos, nascituros ou já nascidos. Na África do Sul, antes de Mandela, ou nos Estados Unidos, antes de Lincoln, os "socialmente inconvenientes" eram os negros, que pagavam por este estígma com a escravidão e os serviços vís. Na Alemanha de Hitler, os judeus foram os socialmente inconvenientes, sendo os campos de concentração o palco de sua odiosa perseguição e extermínio.

No mundo atual e em todos os países, os socialmente inconvenientes começam a ser os idosos, visto que os valores familiares restam esgarçados e o homem moderno já não está mais disposto a suportar o "velho inútil", razão pela qual, na maior parte das vezes, substitui o carinho da vida familiar para com aqueles que já cumpriram sua missão, pelos asilos de velhos, em que a tristeza e a solidão terminam por abreviar sua vida.[24]

24 - O artigo 227 da Constituição Federal está assim redigido, sendo ainda apenas princípio programático: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a

Em algumas tribos africanas, os velhos, socialmente inconvenientes, são simplesmente eliminados; os socialmente inconvenientes, na Judéia dos tempos de Cristo, eram os leprosos.

No próprio mundo empresarial de hoje, os cidadãos com capacidade de trabalho que ultrapassam os 45 anos, começam a tornar-se socialmente inconvenientes, sendo afastados quase compulsoriamente.

Enfim, há uma mentalidade de "purificação do ambiente social" que leva ao afastamento e à eliminação dos "socialmente inconvenientes", na história do mundo e na atualidade, que me deixa cada vez mais preocupado, na medida em que é um raciocínio que, subconscientemente ou não, principia a ganhar foros de realidade aceita pelos "socialmente convenientes", mas que podem um dia se tornar "socialmente inconvenientes".

Creio que a defesa do aborto –que é a eliminação de um ser humano "socialmente inconveniente"– é um passo decisivo para eliminação da solidariedade humana e a volta do "ideal nacional socialista", de que o mundo só deve ter espaço para a "raça pura", ou melhor, a raça dos "socialmente convenientes".[25]

salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

25 - Após a Conferência do Cairo de 1994, decidiu aquele conclave que o aborto não pode ser considerado forma de planejamento familiar. Desta forma, o § 7º do artigo 226 da Constituição Federal assim redigido: "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", não faculta o aborto de nenhuma espécie (grifos meus).

- V -

Em poucas palavras, é o que me parece relevante trazer para a reflexão neste livro, para aqueles que procuram, no Direito Constitucional Comparado e no direito local, os mecanismos para poder proteger o mais relevante direito, que é o direito à vida.

O DEVIDO PROCESSO LEGAL E O ABORTAMENTO

Jaques de Camargo Penteado[1]

Sumário: 1. Introdução 2. A formação da vida humana 3. A proteção jurídica da vida humana 4. Breve noção de processo e procedimento 5. O devido processo legal 6. Síntese da evolução histórica do devido processo legal 7. O devido processo legal no direito positivo brasileiro 8. O conceito atual do devido processo legal 9. O direito da pessoa concebida à proteção jurídica integral 10. Conclusões.

1. Introdução

O homem é um ser que, na sua feição predatória, é capaz de provocar inconcebíveis danos à natureza e, percebendo os malefícios

[1] Advogado em São Paulo, Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo aposentado, membro da Academia Brasileira de Direito Criminal, Professor do Curso de Especialização em Direito de Família promovido pelo Centro de Extensão Universitária e Instituto de Estudos Mulher, Criança e Sociedade.