



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

EMANUEL MOURA GRAÇA NETO

O DIREITO À VIDA COMO UM DIREITO NATURAL DE TODOS

FORTALEZA

2018

EMANUEL MOURA GRAÇA NETO

O DIREITO À VIDA COMO UM DIREITO NATURAL DE TODOS

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho.

FORTALEZA

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

G753d Graça Neto, Emanuel Moura.

O Direito à Vida como um direito natural de todos / Emanuel Moura Graça Neto. – 2018.
55 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito,
Curso de Direito, Fortaleza, 2018.

Orientação: Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho.

1. Direito à vida. 2. Jusnaturalismo. 3. Direito natural. 4. Inconstitucionalidade do aborto. I. Título.

CDD 340

EMANUEL MOURA GRAÇA NETO

O DIREITO À VIDA COMO UM DIREITO NATURAL DE TODOS

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Ceará como requisito
parcial para a obtenção do título de Bacharel
em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Glauco Barreira
Magalhães Filho.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Regnoberto Marques de Melo Júnior
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Dr. João Willame Coelho Graça

A Deus, que veio ao mundo salvar os
pecadores, sendo eu um dos principais.

AGRADECIMENTOS

À minha amada esposa Sara Ludje, por seu inestimável apoio em todos estes anos de graduação.

Ao Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho, pela excelente orientação.

Aos professores participantes da banca examinadora Dr. João Willame Coelho Graça e Prof. Regnoberto Marques de Melo Júnior pelo tempo, pelas valiosas colaborações e sugestões.

Aos meus pais Wellington e Eduina, pelo apoio em todos estes anos de graduação, sem vocês a quase impossível logística de trabalhar e correr para estágios obrigatórios teria sido inviável. Agradeço também à minha amada avó Jacira por sua preocupação e carinho.

“Are the things you are living for Worth Christ dying for?”

Em vernáculo:

“As coisas pelas quais você tem vivido são dignas da morte de Cristo?”

Leonard Ravenhill

RESUMO

O direito à vida é sem dúvida o mais precioso direito dentro do vasto rol de direitos fundamentais difundidos mundialmente, este fato deve-se a incapacidade de restituição de tal direito após sua violação. Este trabalho intenta analisar o preço da relativização de tal direito na história mundial culminando na análise de sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio perante o iminente risco de relativização da vida, com a tentativa de alguns grupos de abranger as hipóteses de concessão de autorizações para aborto, busca também analisar se as atuais hipóteses de autorização à prática de aborto já tipificadas no ordenamento jurídico pátrio não ofendem o equilíbrio jurídico atingindo com isso o direito à vida que é um direito natural de todos.

Palavras-chave: Direito à vida. Jusnaturalismo. Direito natural. Inconstitucionalidade do aborto.

ABSTRACT

The basic right to life without questions are the most precious right between a large list of fundamental rights with worldwide application, it happens because this right cannot be recovered after been taken. This study intends to analyze the real cost of relativization of this right at world history, it means analyze too his applicability at national juridical order in front of an imminent and real risk of relativization of life value, with this try, some groups are trying to add more hypothesis for abortion practice, at this work we analyze too actual cases of legal abortion on Brazil juridical order checking with this if those authorizations hurt or not right of life that is natural right from everyone.

Key words: Right to life. Jusnaturalism. Natural right. Abortion unconstitutionality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de descumprimento de preceito fundamental
CADH	Convenção Americana Sobre Direitos Humanos
CF/88	Constituição Federal da República Federativa do Brasil
CPB	Código Penal Brasileiro
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	ELEMENTOS SOBRE O JUSPOSITIVISMO E O JUSNATURALISMO	11
2.1	A história do ocidente e a superação do Positivismo, uma análise do sucesso do Tribunal de Nuremberg	12
2.2	O retorno ao direito natural como norte à busca da justiça real	15
3	ELEMENTOS NATURAIS DO DIREITO À VIDA	24
3.1	O relativismo Cultural como uma ameaça à busca da verdade real	24
3.2	Aspectos naturais do direito à vida	29
3.2.1	<i>A universalidade e permanência como aspectos naturais do direito à vida</i>	31
3.2.2	<i>Da imutabilidade inerente ao direito à vida como princípio básico do direito natural</i>	33
4	DA INCOMPATIBILIDADE ENTRE O DIREITO NATURAL ENTRE O DIREITO NATURAL E CONSTITUCIONAL À VIDA E O ABORTO	35
4.1	O direito à vida no ordenamento jurídico brasileiro	36
4.1.1	<i>O direito à vida na Constituição Federal de 1988</i>	36
4.1.2	<i>O direito à vida e a permissibilidade do aborto no Código Penal de 1940</i>	37
4.1.3	<i>O direito à vida no pacto de San Jose da Costa Rica</i>	40
4.1.4	<i>O direito à vida no Estatuto da Criança e do Adolescente</i>	42
4.2	Aborto e STF, da inconstitucionalidade da APF N° 54	43
4.3	Da incompatibilidade de coexistência do direito à vida e do direito ao aborto em um mesmo ordenamento jurídico	46
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
	REFERÊNCIAS	52

1 INTRODUÇÃO

Sobre o problema da justiça substancial

O quesito justiça ou injustiça em um ordenamento legal é um tema inesgotável dentro dos debates jurídico-filosóficos. A falta de consenso quanto ao conteúdo das decisões cria os debates e divergências públicas, como um exemplo recente temos a decisão sobre a legalização do aborto na Argentina. Lá, pretendiam os autores do projeto de lei, neste caso, a esquerda peronista, que a mulher pudesse de forma unilateral abortar o bebê que traz em seu ventre até a 14º semana de gestação sem que precise de justificativa alguma para tal ato. Atualmente a lei argentina permite que o aborto apenas seja legalmente realizado quando a gravidez colocar em risco a vida da gestante, houver comprovada má formação do feto ou tiver sido a gravidez fruto de um estupro, neste último caso, após comprovação do fato narrado pela vítima.

Este projeto de lei chegou à Câmara argentina, que, segundo o ordenamento daquele país, é o órgão que primeiro vota e decide pela aprovação ou não dos projetos de lei, sendo seguido pelo Senado. A Câmara Federal Argentina em uma votação apertada decidiu no dia 14/06/2018 pela aprovação desta prática, porém, a decisão da casa legislativa não agradou um grande número de cidadãos argentinos como também uma enorme parcela da população mundial. Tal situação traz novamente à tona o problema histórico de que a mera positividade de uma lei não a torna justa, ou mesmo que aqueles que estão sujeitos a esta norma devam curvar-se sem questionamento algum. Este pensamento materializou-se em uma incansável luta dos cidadãos argentinos que protestaram incessantemente apoiados por pessoas de várias partes do mundo até que no dia 09/08/2018 o Senado argentino rejeitou o citado projeto de lei.

Falar em leis e em justiça é falar na vida real de cada cidadão, uma vez que a forma como estes ordenamentos são organizados afeta diretamente a vida de todos aqueles que fazem parte da sociedade sujeita a eles e quase sempre esses atos modificam suas vidas, não raramente ocasionando danos irreparáveis seja a moral ou ao patrimônio do cidadão. No exemplo argentino supracitado a vida de quem luta contra o aborto foi revirada de forma abrupta com essa decisão, da mesma forma quem apoia tal prática teve sua realidade alterada,

pois suas pretensões, pelo menos as primárias, foram atendidas no primeiro momento gerando a expectativa de um direito, frustrado em seguida, pois não tardou e o tema foi votado em uma nova casa legislativa com a justiça que merece, mantendo assim o ordenamento inalterado. Eis o quanto a sociedade pode ser afetada por um debate que tem raízes na filosofia e no direito. Temas que estão longe da pauta popular, mas que sub-repticiamente estão a interferir na vida desse mesmo povo.

Se o senso comum patina nesse debate por não dominar a perspectiva real e profunda que está submersa, nós na academia temos o dever e a obrigação de procurar esquadrihar as questões centrais que se escondem nas vísceras ou na internalidade dessa discussão. Em um debate como aborto, por exemplo, as aparências enganam e para o grosso da população o que aparece é algo divergente da realidade profunda. Aparenta que mulheres querem ter direito a gerir seu corpo, ora, mas esta é apenas a ponta do iceberg. Ao mergulharmos no âmago da questão veremos a questão central do direito à vida, do que significa vida, do que significa justiça no sentido mais profundo, ou seja, eis aqui mais uma vez a necessidade de debatermos a fundo os postulados da filosofia e do direito. Abaixo traremos alguns elementos para fustigar essa discussão.

2 ELEMENTOS SOBRE O JUSPOSITIVISMO E O JUSNATURALISMO

Como duas teses centrais dentro da filosofia do direito é impensável para a academia fugir do debate entre positivismo e naturalismo, já que em pleno século XXI, decisões baseadas em normas devidamente positivadas geram questionamentos sobre a justiça e injustiça da decisão. Justiça ou injustiça são temas ancestrais que ensejam debate sobre os critérios utilizados para auferir a justiça. Daquilo que pode nos conduzir a uma decisão substancialmente justa.

Tais questionamentos nos trazem novamente a necessidade de tematizarmos a hipótese da existência de uma lei superior às normas positivadas, lei essa que nesse contexto deve ser o fundamento de todo o sistema, uma verdadeira pedra angular composta por normas universalmente válidas que nesse contexto se tornam o caminho para a justiça. Tal hipótese é refutada pelo positivismo jurídico.

O positivismo jurídico é uma vertente da filosofia do direito que busca discutir a validade e aplicabilidade da norma em diversas hipóteses do cotidiano social. Essa corrente prima pela formalidade como modo de imposição das condutas aprovadas e das condutas reprováveis a uma determinada sociedade e versam também sobre as sanções e forma de aplicabilidade dessas no caso concreto. Tal corrente sustenta a tese de que a norma assim como o homem está em constante mudança e ambos evoluem em conjunto, mudando o homem, seu ordenamento jurídico também será mudado.

A corrente positivista alega que ao contrário do que dizem os jusnaturalistas, não há uma lei eterna, imutável e muito menos universal, uma vez que para eles a construção de um ordenamento jurídico é fruto de um pacto momentâneo e geograficamente delimitado que diante de um incognoscível conceito de justo e injusto versa apenas sobre legalidade e ilegalidade do ato que na prática se resume aos termos da positivação. Em sua obra *Essência do Direito*, Magalhães Filho (2006, p.15) destaca que “a conduta jurídica é, do ponto de vista do Direito Positivo, lícita ou ilícita. Sendo lícita, o outro tem que suportá-la e, sendo ilícita, o outro tem o direito de exigir uma sanção sobre aquele que agiu inadequadamente.” Dentro dessa perspectiva, o Direito seria um contínuo de licitudes e um descontínuo de ilicitudes.

A corrente juspositivista alega que há uma incapacidade no homem de conhecer o que é justo e injusto, através deste argumento busca restringir o alcance das normas à sua redação ou mesmo a interpretação que se tenha dela, não importando que consequências isso

possa ocasionar, em outras palavras, como infere Magalhães (2006) o Direito Positivo é aquele que está posto pela vontade por meio de normas.

Hans Kelsen é considerado um dos principais representantes da Escola Normativista do Direito, um dos maiores defensores do pensamento positivista puro. De acordo com Magalhães Filho (2006, p.22):

No pensamento purista, o seu propagador, Kelsen, quis dar a entender que o Direito continuava no mundo do dever ser, mas não do dever ser axiológico (valor), e, sim do dever ser lógico. Para Kelsen, a norma era uma proposição que trazia um juízo (dever ser) estabelecido a partir de uma hipótese fática (dado A deve ser B), mas o conteúdo desse esquema lógico não se submetia a um parâmetro avaliativo. Assim, qualquer fato poderia ser a hipótese A e qualquer efeito sancionador poderia ser o efeito B. A norma poderia ter qualquer conteúdo que os detentores do poder quisessem, sem que houvesse qualquer padrão objetivo para julgarmos o conteúdo da norma como justo ou injusto. Kelsen dizia que a Justiça não existia ou, se existisse, seria incognoscível (não passível de ser conhecida). Desse modo, na prática, o Direito não era um dever ser, mas um ser, no caso, a vontade de quem detinha a máquina do poder, ou seja, era fruto de arbitrariedade.

À sua época esse pensamento foi bastante celebrado, Kelsen conseqüentemente coroado por grande parte dos intelectuais da época, acadêmicos das maiores universidades do mundo inspiravam-se na tese bem exposta na obra Teoria Pura do Direito, porém, por trás de uma inocente tese podem haver inimagináveis conseqüências, verdadeiros frutos de ocultas intenções, no trecho supracitado fica evidente que as hipóteses de incidência da norma e os efeitos sancionadores podem ser facilmente alterados conforme a vontade dos detentores do poder e no caso dos regimes totalitários do detentor, a Segunda Guerra Mundial expôs ao mundo do que o positivismo clássico era capaz, sobre esse tema discorrerei a seguir.

2.1 A história do ocidente e a superação do Positivismo, uma análise do sucesso do Tribunal de Nuremberg

A Primeira Guerra Mundial teve início em 28 de julho de 1914 e teve seu fim decretado no dia 11 de novembro de 1918, o resultado dessa guerra, foi o mesmo de várias outras catalogadas na história da humanidade. Mortes, mutilações e restrições a direitos básicos foram registrados de ambos os lados, porém, a escala global que teve esse evento conferiu a essas tristes conseqüências uma assustadora e até então desconhecida amplitude.

A Alemanha foi derrotada e amplamente destruída no período da Primeira Guerra Mundial, após essa derrota, pesadas sanções foram impostas a esse país como punição por seus atos, essas sanções se materializaram através do Tratado de Versalhes, considerado pelos especialistas alemães uma imposição só aceita por eles devido à grande derrota sofrida e iminente possibilidade de extinção de sua nação através do extermínio caso a guerra se estendesse.

Nesse contexto a sociedade alemã passou por uma forte recessão econômica, o Tratado de Versalhes poderia condenar aquela nação à miséria para sempre, esse incontentamento somado a diversos outros fatores criou um espírito de luta / revolta no povo alemão, o que culminou na Segunda Guerra Mundial, que teve seu início em 1º de setembro de 1939, quando as tropas da Alemanha invadiram sua vizinha Polônia, cometendo as primeiras mortes que no final contariam imprecisas 60 milhões de mortes.

O início do mês de maio de 1945, foi marcado pelo fim da II Guerra Mundial, o sucesso do plano bélico denominado dia D ou Operação Overlord executado pelos aliados em 6 de junho de 1944 culminou no início do fim do eixo.

Com o fim da II Guerra Mundial, a Alemanha mais uma vez sai derrotada e com seu país praticamente destruído, outra derrota experimentada pelos alemães foi a moral, necessitando prestar eternos esclarecimentos diante do mundo sobre seus atos.

Com o fim da guerra, um grande número de prisioneiros já rendidos trouxe uma preocupação aos vencedores, o que fazer com eles? Executá-los sumariamente sem um justo julgamento como o primeiro ministro inglês Winston Churchill sugeriu, seria igualar-se a eles na visão dos demais, pois esse era o comportamento adotado pelas tropas do Eixo diante de judeus, ciganos e alguns cristãos estes porque ousaram questionar seus atos, e permaneciam denunciando-os nos púlpitos e reuniões públicas, evocando os mais basilares princípios do Direito Natural como elemento juridicamente válido e apto a combater estas atrocidades. Foram esses elementos que mais tarde fundamentaram a constituição do Tribunal de Nuremberg, sobre esse tema Finnis (2007, p.105) discorre brilhantemente sobre os resultados das decisões proferidas por esse tribunal:

O resultado destas decisões poderia ser descrito (i) pelo positivismo excludente: o tribunal estava moralmente autorizado a aplicar regras morais, apesar das regras que foram aplicadas não estarem previstas pelo direito da época dos crimes ou julgamento. Mas os *termos* das decisões (como os a pouco resumidos) podem ser descritos pelo (ii) positivismo includente: a Carta era o direito positivo para o tribunal e o conduziria a aplicar regras morais que em razão desta diretividade jurídica eram também regras jurídicas. Ainda, (iii) a descrição da teoria do direito

natural parece mais explanatória: as regras morais foram também regras do “**direito maior**” aplicável em todos os tempos e lugares (e assim na Alemanha e seus territórios, antes e depois da carta) como uma fonte de argumentação e julgamento “de acordo com o direito”, quando as fontes fático-sociais que normalmente são dominante e quase-exclusiva fonte de direito são guias inadequados e insuficientes, em justiça, para a realização de obrigações, tais como a obrigação judicial de se fazer justiça de acordo com a lei, ou a obrigação de todos de se conduzirem com humanidade elementar mesmo quando sob ordens que não são assim – e ainda que essas ordens tenham validade jurídica intrassistêmica de acordo com os critérios formais ou fático-sociais de algum sistema jurídico existente. E se alguém tem dúvidas acerca da justiça do vencedor, aquelas dúvidas mesmo podem de igual maneira apelar a princípios do mesmo direito maior, *ius gentium*, ou direito de razão e humanidade. (Grifo nosso)

Conforme citado anteriormente este foi o contexto em que nasceu o tribunal de Nuremberg, nasceu como meio de julgamento aplicável a todos os envolvidos nas atrocidades cometidas na Alemanha nazista, sobre esse tema em sua obra *A reconstrução dos direitos humanos*, Celso Lafer (1988, p 169) descreve que

A concepção de um Direito Internacional Penal que Nuremberg ensinou parte do pressuposto de que existem certas exigências fundamentais da vida na sociedade internacional. Estas exigências configuram-se como sendo as da ordem pública internacional. Consequentemente, toda ação ou omissão contrária ao Direito Internacional Público, nociva à ordem pública internacional, precisaria ser tipificada em norma internacional geral como ilícito penal, pois o comportamento ilícito, concebido como gravíssimo atentado contra os próprios fundamentos da sociedade internacional, deveria carregar não apenas a reparação civil interestatal do dano – vale dizer, a concepção clássica de responsabilidade do Direito das Gentes -, mas a responsabilidade penal individual dos governantes e daqueles que executam e cumprem as suas determinações.

Nestes termos vemos que o autor admite a existência de certas exigências fundamentais da vida na sociedade internacional, essa afirmação vem ratificar o papel da universalidade como característica da lei natural, foi o Direito Natural nesses termos o alicerce para a instauração de um tribunal de exceção em Nuremberg, logo, pouco importava o positivismo alemão tornar as condutas efetuadas como legais, esse tribunal iria julgá-los revestido de valores universais, ou seja, válidos para toda a sociedade, sem restrições geográficas muito menos legislativas, nesses termos o conceito de legalidade / ilegalidade defendido pelos nazistas desmoronou, sendo substituído pelo conceito de justo e injusto uma vez que esse tribunal trazia consigo valores jusnaturalistas que mesmo positivados em seus artigos permaneciam próximo a sua essência, que na prática é a verdadeira essência do Direito.

Como resultado final do tribunal de Nuremberg, a sociedade obteve um avanço muito maior do que podia imaginar, as ridículas teses de que os alemães não haviam cometido crime algum, pois todas as suas condutas estavam devidamente descritas no ordenamento daquele país foram facilmente derrubadas pela aplicação dos princípios jusnaturalistas prezando pela dignidade da pessoa humana, termo esse que após a Segunda Guerra Mundial é amplamente divulgado pela ONU na maioria de seus documentos. Nas palavras Magalhães Filho (2006, p.22),

O Tribunal de Nuremberg representava o triunfo do jusnaturalismo e o retorno às preocupações axiológicas.

Como resultado do trauma gerado pelas duas guerras mundiais, o jusnaturalismo reapareceu sob a forma neokantiana com Rudolf Stammler e sob a forma neotomista com Georges Rennard. (Ed p22)

Esse evento histórico evidenciou a importância do Direito Natural como fonte primária a todo ordenamento jurídico, evidenciou também que o seu desprezo conduz a supervalorização do positivismo, esta supervalorização foi devidamente apresentada ao mundo através do exemplo acima citado.

2.2 O retorno ao direito natural como norte à busca da justiça real

A grande bússola teórica que temos para nos nortear nesse debate é o direito natural. A lei natural é nosso referencial para navegar neste mar bravio chamado busca de justiça real. A grande verdade é que:

Se não voltarmos logo à ideia filosófica do Direito Natural para pensar o direito Positivo sob suas bases, todas as conquistas históricas serão perdidas, tornando-se crônica a crise moral da sociedade ocidental e, particularmente, da brasileira. Eis o desafio que se põe aos novos estudantes e profissionais do direito, os quais decidirão que mundo raiará no amanhã. (A Essência do Direito, 2006, p. 36)

A lei natural é algo que está presente de modo inato em todas as consciências sem que saibam de onde ela veio, ou seja, todo homem, desde que não esteja moralmente corrompido, é capaz de efetuar um juízo de valores delimitando as situações que se depara

como justas ou injustas, este tipo de comportamento evidencia a importância do Direito Natural, não apenas no campo da história ou filosofia do direito, como muitos tentam restringi-lo, mas no dia a dia de todo ordenamento jurídico como fonte primária de conhecimento um verdadeiro modelo de derivação para o restante do ordenamento. Sobre a importância do Direito Natural Strauss (2009, p.4) faz as seguintes considerações em sua obra:

No entanto a necessidade do direito natural é tão evidente hoje como foi durante séculos e até milênios. Rejeitar o direito natural é equivalente a dizer que todo o direito é positivo, e isso significa que o direito é determinado exclusivamente pelos legisladores e pelos tribunais dos diversos países. Ora é evidente que faz sentido, e por vezes é mesmo necessário, falar de leis injustas ou de decisões injustas. Ao fazermos tais julgamentos tornamos implícito que existe um padrão de justiça e injustiça que é independente do direito positivo e que lhe é superior.

Os questionamentos citados anteriormente somados ao tema exposto por Strauss, servem para afastar cada vez mais o significado de justo e injusto do significado de positivado e não positivado (legal e ilegal), pois se o positivismo em sua forma pura pode ocasionar tamanho dano ao equilíbrio jurídico através da criação de leis que legitimem atrocidades, logo, não é modelo aplicável a nenhum ordenamento jurídico contemporâneo. A solução para esse problema encontra-se no Direito Natural como conjunto de valores (princípios) imutáveis e imparciais.

O conceito de Direito Natural tem sido alvo de milenares discussões, autores clássicos como Aristóteles, Sófocles, Cícero e Tomás de Aquino já abordavam de modo bastante amplo esse tema.

Na Grécia antiga, Aristóteles se destacou como um dos maiores filósofos jusnaturalistas, através da percepção de que as coisas do mundo no qual estamos se orientam para um fim desenvolveu o pensamento teleológico, segundo Aristóteles, tudo aquilo que existe, existe para um fim, tudo tem um propósito. Diferente dos animais, seres guiados pela natureza a um fim, os seres racionais chegam a seu fim através de escolhas, fruto de sua racionalidade.

A existência de uma lei superior e independente do homem, foi devidamente exposta por Sófocles em sua obra Antígona, onde aquela que batizou a obra invoca direitos que estão acima de qualquer direito, superiores no caso, sobre esta passagem Rosenfield (2002, p.22) destaca que:

No início do diálogo, Creonte começa a instruir o processo de Antígona. A filha de Édipo confirma que transgrediu conscientemente o decreto para cumprir as leis dos deuses de baixo, que estima mais válidas do que a lei — humana e transitória — do novo rei/tirano. Na parte inicial (vv.450-455), uma das mais famosas passagens da peça, irrompe o conflito pelo direito (inalienável) de enterrar o morto. **Antígona apela a leis não escritas**, isto é, a **costumes imemoriais e inalienáveis pelos quais aceita morrer** (450-470). Creonte, ao contrário, defende a exposição do cadáver como medida da pólis, que restabelece o princípio mínimo das alianças familiares e políticas perturbadas pelo incesto. A troca acirrada de argumentos sublinha a dificuldade de traçar o limite entre “amigos” e “inimigos” (507-520), evidenciando as dúbias relações (emocionais e políticas) criadas pelo incesto.

Já Cícero, em sua obra “Da República”. Defendeu a existência de uma lei una, incontestável, imutável e gravada em todos os corações:

A razão reta, conforme à natureza, gravada em todos os corações, imutável, eterna, cuja voz ensina e prescreve o bem, afasta do mal que proíbe e, ora com seus mandados, ora com suas proibições, jamais se dirige inutilmente aos bons, nem fica impotente ante os maus. Essa lei não pode ser contestada, nem derogada em parte, nem anulada; não podemos ser isentos de seu cumprimento pelo povo nem pelo senado; não há que procurar para ela outro comentador nem intérprete; não é uma lei em Roma e outra em Atenas, - uma antes e outra depois, mas una, sempiterna e imutável, entre todos os tempos; uno será sempre o seu imperador e mestre, que é Deus, seu inventor, sancionador e publicador, não podendo o homem desconhecê-la sem renegar-se a si mesmo, sem despojar-se do seu caráter humano e sem atrair sobre si a mais cruel expiação, embora tenha conseguido evitar todos os outros suplícios. (Da república, 2012, p. 100)

No trecho supracitado da obra: “Da República”, o filósofo grego conceitua o Direito Natural através do seu conceito de lei natural, com isso Cícero acaba afastando do homem a menor derivação desse direito, em outras palavras Cícero atesta que há uma fonte independente que concede ao homem uma parcela desse comportamento, a fiel aplicação dessa lei previamente gravada no coração humano contribui para o progresso moral do homem, segundo o filósofo romano remete a Deus sua criação e eterna sustentação, uma vez que os valores pertinentes ao Direito Natural são imutáveis e universais.

Quando o filósofo cita “não é uma lei em Roma e outra em Atenas, - uma antes e outra depois” busca exemplificar que o homem não é capaz de chegar ao conceito de justo e injusto sozinho, pois está corrompido, logo esse conhecimento só pode partir de uma fonte pura e incorruptível que nesse caso é Deus, o sumo bem que guia o homem até esse entendimento. A prova da incapacidade humana de discernir (sozinho) sobre o justo e injusto é exposta por Cícero no exemplo de Roma e Atenas que na época possuíam muitas diferenças em seus ordenamentos jurídicos o que segundo o autor não é natural (quando acentuada), uma vez que o conceito de justiça não é geograficamente limitado, mas sim universal.

Assim como Cícero, Tomás de Aquino crê na existência de um Direito Natural imutável e inquestionável na sua origem, porém, para definir esse conceito Aquino fez distinção entre quatro leis, são elas a lei eterna, lei natural, lei humana e lei divina.

Em primeiro lugar temos a lei eterna, segundo Aquino a lei eterna é a ordem da razão de Deus, ou a ordem estabelecida pela razão divina, para esse filósofo a lei eterna rege todo o universo e confunde-se com a própria racionalidade de Deus, esse equilíbrio sustenta o universo que nos é perceptível graças a bondade de Deus.

Em segundo lugar temos a lei divina que por sua vez é aquela que em seu sentido amplo envolve a revelação para o homem de aspectos da lei eterna, como um exemplo temos a revelação de como Deus fez o mundo, porém, essa lei também possui elementos próprios, contribuindo através deles para a complementação da lei eterna, Aquino batiza esse fenômeno como determinações, e é através dessas que ocorre a complementação da lei eterna, para o filósofo essas determinações vêm do próprio Deus e podem ser revistas e até mesmo abolidas conforme sua vontade, pois são determinações temporais e não eternas aplicando-se a um período determinado para cumprir fins previamente estabelecidos, cabe ressaltar que há aspectos eternos e imutáveis nessa lei, esses não podem ser revogados pois são inerentes ao próprio Deus que na visão de Aquino e conseqüentemente da cosmovisão judaico-cristã não pode ir contra si mesmo.

Em terceiro lugar temos a lei natural, para Aquino a lei natural é a participação humana na lei eterna, a participação humana na razão divina, ou seja, para Aquino na própria natureza humana essa lei encontra-se estabelecida, gravada em todos os corações como melhor colocou Cicero. Essa lei é composta por alguns dos princípios éticos mais basilares já conhecidos e difundidos na sociedade como a honestidade, a verdade, a garantia da vida etc. Destes princípios advém algumas conclusões como por exemplo, se eu devo garantir a vida e fazer o bem, logo eu não devo retirar a vida de um bebê através do aborto, se eu devo falar a verdade, logo a mentira deve ser incondicionalmente evitada.

Sobre esta lei Finnis (2007, p.35) destaca que:

Cada um dos diversos primeiros princípios substantivos da razão prática seleciona e conduz alguém em direção a um determinado bem inteligível que, na linha da primariedade do princípio que o identifica, pode ser chamado de “básico” (um termo não utilizado por Tomás de Aquino). Tomás de Aquino considera cada um dos primeiros princípios práticos como auto-evidentes (*per se notum*: conhecido por si mesmo) e não dedutíveis (*primum e indemonstrabile*). Ele não pensa, entretanto, que eles sejam “intuições” sem conteúdo; mesmo os primeiros princípios

indemonstráveis em todo campo do conhecimento humano são conhecidos apenas pelo *insight* (*intellectus*) dos dados da experiência (aqui, de causalidade e inclinação).

O filósofo João Willame, aborda esse tema relacionando-o como o conceito de direito natural para Tomás de Aquino:

É importante entender que a lei natural em Tomás de Aquino não é uma lei em sentido jurídico, ou mesmo não é uma lei em sentido positivo. (...) A lei natural é um processo objetivo gravado no homem, na humanidade, e não é isento de certa valoração. Podemos chamá-lo de valorativo à medida que ele inclina à cultura humana em certo sentido, a que Aquino define como procurar o bem e evitar o mal. É um engano pensar que esta lei natural, esteja isenta de outros processos também chamados racionais. A lei natural é um primeiro motor do costume, ela é apenas a semente daquilo que Aquino concebe como direito natural; é a conclusão segunda nascida a partir do primeiro princípio. (Repositório Institucional UFC. 2011, p 55).

Por último, mas não menos importante que as demais temos a lei humana, para Aquino a lei humana é o direito positivo, segundo o filósofo essa lei não contém os primeiros princípios de forma explícita, mas sim de forma implícita, sendo esses verdadeiros valorativos dos termos positivados, para Aquino a lei humana é formada de conclusões que derivam da aplicação dos primeiros princípios na prática, que nas palavras de Finnis (2007, p.73),

A pessoa ou o corpo de pessoas que “tem o cuidado da comunidade” tem o direito de legislar. Tomás de Aquino trata todas as leis humanas como “positivadas” e (sinonimamente) “positivas”, mesmo aquelas regras que são reafirmações ou deduções (*conclusiones*) promulgadas autoritativamente a partir dos princípios ou normas morais gerais. A interpretação também é entendida por Tomás de Aquino, em última análise, como envolvendo um apelo ao (s) legislador (es) para que declarem o que a lei decretada realmente quis dizer.

Em outras palavras a divisão do Direito Natural em Aquino acredita que o homem não é capaz de compreender e aplicar as leis supracitadas fielmente, pelo contrário, na tentativa de aplicá-las fielmente acaba corrompendo-as através de sua ignorância, adicionando valores que não deveriam ser adicionados e criando leis humanas que derivam de forma imprópria da lei natural, mas por vezes fogem ao seu fim devido a essa corrupção.

A razão humana não pode participar do pleno ditame da razão divina, mas a seu modo e imperfeitamente. [...] é presente em nós o conhecimento de alguns princípios comuns, não, porém, o conhecimento próprio de qualquer verdade [...] da parte da razão prática naturalmente o homem participa da lei eterna, segundo alguns princípios comuns, e não segundo direções particulares dos singulares, que, porém, se contêm na lei eterna. E assim é necessário ulteriormente que a razão humana proceda a algumas sanções particulares das leis. (S. T., I-II, Q. 91, a. 3)

Contemporaneamente também vemos brilhantes debates sobre esse tema, que como qualquer outro no campo do Direito causa infindáveis discussões que comumente contribuem para o desenvolvimento da sociedade em sua eterna busca pelo bem-estar comum.

Giorgio Dell Vecchio reconheceu que todos os homens, sem exceções, possuem um direito em comum, esse direito é primogênito e inabolível, é também inerente a esse direito a prescindibilidade de positivação para que seja válido de forma universal. Nas palavras de Del Vecchio (1957, p. 99):

A exigência primordial da justiça é que o ser humano seja reconhecido em sua espiritualidade, e, portanto, em sua autonomia fundamental. Quer isto dizer que existe em todos os homens um direito primogênito e inabolível, cuja validade não deriva de qualquer lei positiva. Respeitar esse direito é o pressuposto e a condição para que uma autoridade, seja ela qual for, possa afirmar-se como legítima.

John Finnis segue na mesma linha de pensamento, e complementa explicando o anseio que há por trás da positivação, conforme o autor, busca o positivismo reproduzir o Direito Natural em suas normas ou pelo menos transparecer que essa é a sua intenção já que a bagagem moral e credibilidade conquistada pelo jusnaturalismo durante a história são capazes de criar uma aceitação momentânea aqueles que estão sujeitos ao ordenamento e acreditam que esse método é suficiente para que o caminho até a reta justiça seja trilhado. Nas palavras de Finnis (2007, p.96):

A teoria do direito natural acerca do direito tem sua característica mais distintiva na descrição das leis puramente positivas que, embora dependa “inteiramente” para seu *status* jurídico do fato de que foi positivada pela autoridade de alguma (s) pessoas ou instituição, participem da característica da lei de implicar – ao menos presumível e defensivamente – em uma obrigação moral de conformidade. Sobre estas regras do sistema jurídico positivo, Tomás de Aquino diz que embora elas certamente devam ser e estar presumido terem sido, “derivadas da lei natural”, elas têm sua força apenas de sua participação neste sistema positivado (*ex sola lege humana vigorem habent*: ST I-II q. 95 a.3).

A crença de que a lei natural pode ser positivada e aplicada dia a dia através dessa positivação foi um erro comum em diversos ordenamentos jurídicos, os legisladores franceses durante sua histórica revolução (1789) pensaram que isso era possível e por isso o fizeram, mais tarde ficou evidente a falibilidade dessa tentativa, o que nos faz excluir do rol de possíveis conceitos aplicáveis ao Direito Natural aqueles que visam o reconhecimento, delimitação e posterior positivação para fiel aplicação. Isso não é possível uma vez que os princípios pertinentes ao Direito Natural não são delimitáveis, uma vez que, diante do caso concreto sofrem adaptações tendo visto princípios maiores que precisam ser moldados à solução devida àquele caso.

No Brasil também possuímos autores de valor inestimável, principalmente no estado do Ceará, onde alguns juristas tornaram-se referência nesta seara.

O Jurista e Filósofo Arnaldo Vasconcelos em sua obra *Direito, humanismo e democracia* (1998, p. 29) alega que “O Direito Natural é, pois, produto da cultura. Obra humana, por conseguinte.” Partindo desse pressuposto, vemos no homem um papel central na formação e modificação do Direito Natural, sendo ele a própria fonte de que essa lei emana.

Na obra supracitada, o professor Arnaldo Vasconcelos faz uma ressalva sobre o Direito Natural, destacando o papel que ele tem desempenhado na história como limitador sempre que o homem utiliza o positivismo para legitimar o autoritarismo. Nesses termos, Vasconcelos (1998, p. 29) afirma que “Mantém-se o Direito Natural, porém, íntegro em sua idealidade, como válvula de segurança, da qual têm sempre os povos se valido, quando o direito positivo sofre desvios operados por quaisquer tipos de autoritarismo.” A integralidade que o Direito Natural tem apresentado nas mais adversas situações é evidenciada no pensamento do filósofo Arnaldo Vasconcelos, não como fruto de uma lei eterna e imutável, mas como produto da cultura dos oprimidos que depositam nesse direito todas as forças que possuem para libertar-se da opressão, e clamando por justiça, não por legalidade, uma vez que quando a lei é revestida de interesses escusos a legalidade não é mais a fonte que fornece a justiça em uma lide.

O filósofo Arnaldo Vasconcelos também discorre sobre a divisão do Direito alegando que (Vasconcelos 1998, p. 29) “O Direito (gênero) se divide em Natural e Positivo (espécies). Entre essas não há exclusão, mas complementaridade ” nesse contexto a possibilidade de existência de uma lei natural como alicerce do positivismo é nula, uma vez que não há hierarquia entre Direito Natural e Positivo sendo ambos de fundamental importância e irrenunciáveis “Assim, Direito Natural e Direito Positivo são igualmente Direito, sem qualquer diferença essencial.” (Vasconcelos 1998, p. 29).

Com esse pensamento, Arnaldo Vasconcelos se posiciona na contramão dos conceitos teocêntricos de Direito Natural, como foi dito nos parágrafos anteriores trazendo para o homem a sua fonte primária e consequentes alterações.

Em sua obra *A essência do Direito* Magalhães Filho divide o Direito Natural em dois pontos para melhor defini-lo sendo eles objetivo e subjetivo:

O Direito Natural, do ponto de vista objetivo, é um sistema de valores evidenciados na razão humana na medida em que ela participa da razão divina. O fim desse sistema seria a ordenação da vida social sob a ótica da dignidade humana, expressa por meio da imagem e semelhança de Deus gravada no espírito humano. (*A Essência do Direito*, 2006, p. 34)

O autor cita em primeiro lugar o conceito objetivo de Direito Natural, neste contexto a própria origem do Direito Natural, nesse conceito vemos o Direito Natural como um conjunto de valores, ou seja, princípios que são concedidos ao homem através de sua razão, esses princípios são concedidos pelo próprio Deus a todos os homens, a fiel execução destes princípios ordena a vida social de forma digna.

Segundo esse conceito só é possível ao homem conhecer esse sistema de valores pois a imagem e semelhança de Deus está gravada em seu espírito, caso contrário, o homem continuaria caminhando para o abismo moral que lhe pertence e que conforme a literatura / teologia judaico cristã teve seu início após o evento denominado “A queda do homem” descrito no livro de Gênesis que é parte do pentateuco da cultura judaica e é um dos 66 livros sagrados que compõem a Bíblia cristã.

Neste conceito, pode surgir um questionamento para a total compreensão desta fonte do Direito Natural. Quem é Deus? A confissão batista de fé de Londres de 1644, publicada originalmente em 1646, nos traz a resposta para este questionamento já em seu primeiro artigo:

I O SENHOR nosso Deus é um só Deus, cuja existência reside em si mesmo; cuja natureza não pode ser compreendida por ninguém senão por ele mesmo; ele é o único que tem imortalidade, e mora numa luz a qual nenhum homem pode se aproximar; ele é em si santíssimo, em todos os aspectos infinito: em grandeza, sabedoria, poder e amor; é misericordioso e magnânimo, paciente e abundante em amabilidade e em verdade; é o que dá a existência, o vigor e a preservação de vida a todas as suas criaturas (Confissão de Fé de Londres de 1644).

Na definição de Deus adotada nessa confissão de fé, vemos uma série de atributos (Não todos. Na Teologia há uma área dedicada somente ao estudo sobre o ser de Deus denominada Teontologia) de Deus que o tornam único, são esses atributos que compartilhados com o homem (por ser a imagem e semelhança de Deus) por Deus, emanam da razão humana e o fazem discernir entre o bem e o mal o justo e o injusto, legitimando assim o juízo de valor que o homem comumente profere em seu dia a dia desde que sua razão já não esteja totalmente corrompida.

Em segundo lugar Magalhães Filho cita o ponto de vista subjetivo do conceito de Direito Natural:

Do ponto de vista subjetivo, o Direito Natural manifesta-se num conjunto de posições subjetivas (direitos naturais) asseguradas ao homem a fim que ele maximize sua condição de pessoa. Os movimentos históricos baseados no Direito Natural considerado nessa perspectiva resultaram na constitucionalização dos direitos humanos ou direitos fundamentais. (A Essência do Direito, 2006, p. 34)

O ponto de vista subjetivo do Direito Natural é o seu fim, e por isso é a parte do Direito Natural mais conhecida e difundida na sociedade, grande parte do conhecimento e reconhecimento obtido por esse ramo do Direito deve-se ao êxito que obteve em solucionar diversos problemas ocorridos após a II Guerra Mundial, esse reconhecimento culminou no afastamento e em muitos casos desprezo ao positivismo puro, foi o Direito Natural o pilar para que o Tribunal de Nuremberg já descrito neste trabalho fosse baseado em princípios fundamentais e tivesse seus julgamentos baseados no respeito à dignidade da pessoa humana e individualidade que cada caso merecia, a principal prova desse é que houveram absolvições neste tribunal, minoria diante dos casos de pena capital, porém, esse marco na história mundial ficou gravado para a posteridade, pois a individualização de condutas e aplicação de princípios superiores aos termos previamente positivados no caso concreto contrariou inclusive a vontade de parte das tropas aliadas, com isso a mensagem transmitida em seu tempo e para as futuras gerações foi de que nem mesmo os vencedores de uma guerra estão acima desses valores, devendo eles conduzir os julgamentos sob a limitação imposta pelo Direito Natural. É importante destacar que a II Guerra Mundial poderia ter sido evitada, se o ordenamento jurídico Alemão fosse pautado no Direito Natural e não no positivismo extremo em que imperava a incognoscibilidade do conceito de justiça.

No fim do conceito, apresentado por Magalhães Filho, podemos ver que a positivação do Direito Natural pode ser vantajosa para sociedade como um todo, desde que, o positivado não tome forma de Lei Natural, pura e imutável como ocorreu na revolução francesa e com isso possa sempre estar sujeito a análise sobre sua aplicabilidade e justiça ou seja uma espécie de controle de consciência em que a razão humana, não corrompida, estará sempre efetuando juízo de valor. Nesse terreno o Direito Natural deve sempre se impor a norma positivada quando essa se mostrar corrompida, como bem citou o filósofo Arnaldo Vasconcelos, uma verdadeira válvula de escape.

3 ELEMENTOS NATURAIS DO DIREITO À VIDA

3.1 O relativismo Cultural como uma ameaça à busca da verdade real.

Com o triunfo do Direito Natural aplicado ao caso concreto criou-se um sentimento de segurança jurídica na população mundial, uma vez que valores tão preciosos como os jusnaturalistas se mostraram eficientes e garantidores quando mais se precisou de um instituto efetivo. Esses eventos acabaram afastando do centro das atenções as utópicas e por vezes ilógicas ideias positivistas, com isso, o positivismo puro não parecia mais uma ameaça ao equilíbrio jurídico, porém, a ameaça aos mais basilares direitos do homem reapareceu, não como forma de imposição legal, mas como forma de interpretação e aplicabilidade da lei, neste caso, até mesmo a aplicação dos direitos naturais, até então inalienáveis e inerentes ao homem. Essa ameaça aos mais basilares direitos recebeu o nome de relativismo cultural, e tem como fim a relativização de valores indiscutíveis em nome da cultura, que, nesse contexto, é definida como mero hábito reiterado por um médio ou longo período de tempo. Ou seja, esta “cultura” pode ser facilmente guiada por boas ou más intenções. No caso do direito natural à vida, tal insegurança é inaceitável uma vez que lesões a esse direito podem gerar uma incontável perturbação à paz mundial, exemplo disto já citamos no capítulo anterior ao descrever a Segunda Guerra Mundial.

O Artigo II da Declaração Universal dos Direitos do Homem infere que:

1 - Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

2 - Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

Estamos diante de um texto rígido e ao mesmo tempo universal. Rígido devido ao contexto histórico e solidez de sua elaboração, onde valores que historicamente conferiram segurança jurídica à humanidade foram inseridos visando a máxima proteção possível de toda a humanidade, e universal exatamente devido à sua aplicabilidade que é extensível a todos os seres humanos.

Uma simples leitura do contexto de edição dessa Declaração nos leva a uma noção de sua dimensão, o texto não cita um rol taxativo, pois o exemplo nazista mostrou ao mundo o que o homem é capaz de efetuar através de normas positivamente limitadas e inquestionáveis, as mais nefastas manipulações para legitimar sua vontade, logo o rol acima citado é meramente exemplificativo, a presença dos termos “qualquer outra condição” e “sujeito a qualquer” revelam a abrangência que estas palavras devem ter e na prática culminam em direitos inalienáveis que jamais podem ser relativizados. Segundo Douzinas (2009, p. 126-127):

Os direitos humanos entraram no cenário mundial após a Segunda Guerra Mundial. Seus momentos simbólicos incluem os Tribunais de Nuremberg e Tóquio, a assinatura da Carta das Nações Unidas (1945) e a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

Porém, a universalidade e uniformidade dessas garantias têm sido questionadas, alguns grupos politicamente influentes que por vezes se denominam como representantes de minorias, tentam difundir ideias eugênicas em uma escala global, fazem isso travestindo tais ideias de motivações humanistas para dar-lhes a forma de cultura que, segundo eles, é maleável e condicionada. Esse grupo tem buscado relativizar na medida do possível, em doses homeopáticas, valores essenciais como o direito à vida, relativizando para isso o significado de vida atribuindo a ela a qualidade de mera coisa, um verdadeiro objeto, dependendo do estado em que se encontra. Vemos essa tentativa de forma mais evidente na causa pró aborto que tem no Brasil várias instituições muito atuantes na luta pela legalização dessa prática, que em nosso ordenamento é crime, uma dessas instituições se encaixa perfeitamente na descrição das linhas anteriores e é chamada de Católicas Pelo Direito de Decidir, e teve voz na campanha da fraternidade protagonizada pela Igreja Católica e coordenada pela CNBB, evento historicamente humanístico, mas que veiculou material desse grupo, cabe salientar que os grupos pró vida dentro da própria Igreja Católica rejeitam este grupo e seu material travestido de luta humanitária, que é abortista em seus elementos.

Para os relativistas, não existem direitos absolutos, logo os direitos estão invariavelmente ligados ao sistema político, econômico e cultural vigentes na sociedade em análise, e são a ela adstritos, não podendo ser aplicados em outras sociedades da mesma forma, pois o valor de cada princípio dependerá de uma série de fatores que precisam ser devidamente analisados para então ter sua aplicabilidade auferida conforme a validade que possuem para aquela sociedade e somente para ela. Nesse contexto o valor da integridade física de uma mulher pode ser igual ao de um homem como o é no caso do Brasil, porém, na

Síria a questão cultural pode justificadamente negar integridade física a uma mulher, tudo em nome do relativismo cultural, e um pretensão respeito que todos devem nutrir por tal instituto.

Sobre este tema, Bobbio (1992, p. 20) demonstra-se a favor da universalidade dos direitos humanos, posicionando-se assim de forma contrária a relatividade universal defendida pelos relativistas, atesta também que a positivação de tais direitos não é necessária para que sejam aplicáveis, pois estão muito além disso:

Os direitos humanos não depositam sua validade no fato de serem ou não serem reconhecidos institucionalmente. Se os direitos humanos fossem válidos e aceitos apenas quando positivos, seu alcance seria do tamanho das legislações nacionais e a sua função seria limitada ao papel de proteção de sujeitos nacionais específicos.

Essa tese humanista e universalista derruba facilmente os argumentos dos relativistas, que com sua lógica segregacionista buscam a separação cultural e seletiva dentro de uma sociedade tendo como fim a tentativa de descaracterizar a qualidade de ser humano, ou seja, os direitos humanos não possuem um núcleo rígido, universal e inalienável, mas sim um núcleo maleável que estará sempre sendo moldado conforme a cultura de uma sociedade onde um princípio tem apenas o valor que aquela sociedade conferiu a ele.

O argumento relativista na verdade busca retirar a humanidade de alguns tipos de pessoas, como por exemplo bebês indefesos no ventre de suas “mães” que segundo o pensamento do movimento pró aborto com interpretação fundada no relativismo são apenas um amontoado de células, que possuem uma proteção relativa, nunca absoluta. Nessa linha de pensamento tentam também ocultar a prática de eugenia em certas partes do globo terrestre, mais uma vez em nome da cultura. Ocultam tais práticas pois a correta descrição e divulgação destas práticas “culturais e aceitáveis” acarretaria a reprovação social em massa e poderia pôr fim a seus intentos, fato análogo ocorreu quando grandes potências se voltaram contra o regime eugênico nazista, essa revolta foi o início de seu fim.

Com esse tipo de cosmovisão o relativismo desrespeita a Declaração Universal dos Direitos do Homem que em seus artigos VI e VII prima pela igualdade universal.

Artigo VI Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.

Artigo VII Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Com essa análise vemos a grande similaridade entre o relativismo cultural e o nazismo, ambos buscam argumentar sobre a disponibilidade de direitos indisponíveis, falta bom senso no argumento relativista, também racionalidade, porém, a titulação acadêmica de muitos teóricos relativistas nos leva a crer que tal desconsideração é proposital, uma forma de impor suas teses, mesmo que ilógicas e carregadas de opiniões pessoais. Analisando este tema Razzo (2017, p. 29) afirma que:

A dosagem entre racionalidade e bom senso confere aos humanos o poder de superar os impulsos orientados pela força cega de desejos, de apetites, e pela violência subjacente aos impulsos naturais. Relativismo e dogmatismo são duas faces da mesma moeda. São formas de anular todo e qualquer valor e esforço da disposição humana responsável por avaliar nossa conduta, e são responsáveis também por destruir todo senso de realidade e limite.

Descrevo a seguir uma prática comumente defendida pelos relativistas como aceitável e comum, com esta explicação busco melhor descrever o perigo que esta forma de pensamento representa ao direito natural à vida, seja na proteção à vida ou seja na garantia de uma vida digna, princípio basilar e fim dos direitos humanos.

Segundo o Pensamento Relativista a prática de infanticídio em tribos indígenas, que no ordenamento pátrio é um crime doloso contra a vida e considerado hediondo devido a assombrosa conduta que envolve sua prática, deve ser protegida, pois faz parte da cultura dessas tribos, não devendo o mundo externo àquela cultura se intrometer em tal prática, em nome do respeito da individualidade dos povos. Vale salientar que dentre os índios a vítima desses crimes são crianças com deficiência física ou mental, ou seja, neste caso há a prática de eugenia pura, o tipo que Francis Galton¹ aplaudiria de pé.

Hobbes na obra *Leviatã*, descreve o direito natural e demonstra a Incompatibilidade que o direito natural possui em relação a relativização da vida:

O direito de natureza, a que os autores geralmente chamam *jus naturale*, é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim. (...) ditarem. Uma lei de natureza (*lex naturalis*) é um preceito ou regra geral, estabelecido pela razão, mediante o qual se proíbe a um homem fazer tudo o que possa destruir sua vida ou privá-lo dos meios necessários para preservá-la. (*Leviatã*, 2014, p. 47).

John Locke segue na mesma linha de raciocínio, e em sua obra *Carta Sobre a Tolerância* atribui a proteção da vida ao Estado, devido a seu incontestável valor, tanto para o

¹ Médico, matemático e meteorologista inglês que em sua mais famosa obra *Hereditary Genius* (1869) difundiu ideias eugênicas adotadas algumas décadas após sua morte por Adolf Hitler.

possuidor da vida quanto para o próprio Estado, que sem ela sequer existiria e tem na extinção completa da vida a sua extinção, nas palavras de Locke (2014, p. 26) “Deste modo, a proteção da vida e das coisas que se referem à vida é função do Estado, e a preservação delas para seus possuidores consiste em dever do magistrado ”.

Como citado anteriormente, em sociedades mais desenvolvidas, os relativistas tentam eliminar o direito à vida que um bebê ainda no ventre de sua mãe possui em detrimento da liberdade da gestante, alegam de forma rasa que a mulher está sendo privada de direitos sobre o seu corpo, direitos estes preexistentes, segundo os relativistas privar a mulher do direito de decidir sobre o seu corpo é reduzi-la diante dos homens e dar mais valor à vida da criança do que a vida da própria mulher. Esse argumento é mais uma falácia inventada pelos grupos pró aborto visando escalar mais um degrau de concessões abortivas, nestes termos concordo com a crítica tecida pelo filósofo Francisco Razzo sobre esse tema, afirmando que:

O crítico do aborto, ao chamar atenção para o valor intrínseco da vida do nascituro, não desvaloriza a vida da mulher; pelo contrário, reafirma e enfatiza o valor da mulher adulta como sendo um valor inalienável *desde a concepção*. Não se trata de “valorizar mais a vida” de um para desvalorizar a vida do outro. (Contra o Aborto, 2017, p. 127)

Os grupos pró aborto também se utilizam do argumento que a legalização do aborto reduziria o número de mulheres mortas em todo o mundo, chegando a um saldo de milhares quiçá milhões de vidas salvas por ano. Explico esse argumento detalhadamente pois nestes termos até parece que a gestante está diante da difícil escolha entre sua vida ou a do bebê que carrega em seu ventre e nada pode fazer além de esperar a morte, não, o problema não é esse, mas sim o risco que a gestante corre de morrer ao tentar abortar a criança que considera indesejada ingerindo um remédio inadequado para este fim ou indo a uma clínica clandestina, sem a presença de um profissional devidamente qualificado e sem equipamentos adequados. Logo, segundo os relativistas que apoiam a legalização do aborto o Estado nesses termos deve fornecer não só atendimento médico fácil e gratuito para abortos imotivados, como também deve providenciar legislação que isente a inconsequente gestante de qualquer pena, ou seja fato atípico, tudo em nome da integridade física de uma potencial assassina, que anseia contribuir para o crime de aborto.

Sobre o pensamento relativista, Magalhães Filho teceu uma brilhante crítica em sua obra Teoria dos valores jurídicos:

É claramente evidente que, se forem anulados os padrões absolutos e negada a existência de um critério supremo para definir o conhecimento do bem e

mal, nossas ações se resumirão na manipulação de fatos e pessoas para satisfação de nosso próprio interesse.

A falta de reconhecimento de Deus como o sumo Bem e pessoa infinita também tem contribuído muito para a confusão moral de nosso tempo. Apesar de a intuição ética ser diferente da intuição do sagrado, a última reforça a primeira. A verdade absoluta não é algo que Deus decide; é algo que Deus é. Ela é universal e eterna como Deus; existe objetivamente fora de nós assim como Deus a tudo transcende (Teoria dos valores jurídicos, 2006, p. 75).

São ameaças a direitos basilares como esta que trazem à academia o dever de protagonizar debates e mostrar uma saída eloquente, digna e aplicável a todos os casos, mesmo que antes de sua aplicação nova valoração e medida de princípios seja efetuada.

O Direito Natural, confere tal proteção e segurança, neste contexto a vida sob o prisma jusnaturalista é preciosa e inegociável, merecendo total proteção de um ordenamento alicerçado em princípios historicamente testados e bem-sucedidos quando aplicados.

É evidente que sem vida racional não há sociedade, uma vez que os animais seguem apenas seu instinto, por isso a vida deve ser primordialmente protegida, deve ficar claro através do Direito que a vida inclusive a intrauterina é um direito inegociável e insuscetível de flexibilização uma vez que a vida intrauterina sempre é a primeira vítima dos que buscam a relativização do direito natural à vida, por isso na continuação deste capítulo descreverei alguns dos aspectos naturais do direito à vida, uma vez que diante de tamanha ameaça à vida que alguns grupos sociais tem oferecido a esse direito, os instrumentos garantidores desta devem ser expostos, debatidos e fortalecidos na academia uma vez que essa tem como fim a construção do saber e concessão de uma vida melhor a todos através da busca filosófica da justiça real. A própria academia só está de pé pois há vida em seus corredores, há vida em suas salas de aula, há vida em suas bibliotecas, há vida em suas publicações e principalmente há vida nos corações de seus membros para produzir e lutar contra qualquer das ameaças que venham a surgir contra princípios fundamentais à ordem jurídica, foi assim que a academia ganhou respeito no passado e é assim que mantêm tamanho respeito no presente, pretendendo da mesma forma garantir a sua respeitabilidade no futuro.

3.2 Aspectos naturais do direito à vida

Eventos históricos como o descrito no início deste trabalho, evidenciam o valor que a vida possui frente à sociedade, neste tipo de situação vemos que um lado busca eliminar

o maior número de vidas possível, visando com isso reduzir a resistência a seus intentos futuros, que se caracterizam na total sujeição dos vencidos diante dos vencedores, pondo em risco com isso outros direitos também inalienáveis. Nessa luta é público que grandes empresas financiam programas de controle de natalidade com o fito de reduzir a população mundial, promovendo com isso a relativização da vida e dos princípios garantidores e concessores dessa. Essa prática gera risco a todo o ordenamento jurídico, uma vez que tais princípios funcionam como alicerce dos demais, relativizar um desses princípios tem o mesmo efeito que edificar uma casa sobre a areia, sem o devido alicerce, a primeira ventania derrubará a casa e levará suas partes em pedaços para longe.

Sobre a importância da vida na sociedade contemporânea Rachels e James (2013, P. 14) destacam que:

A ideia de que toda vida humana é preciosa, a despeito da idade, raça, classe social ou deficiência, está no coração da tradição moral ocidental. Ela é especialmente enfatizada nos escritos religiosos. Na ética tradicional, a proibição de matar seres humanos inocentes é absoluta. Não interessa se a morte poderia servir para algum bom propósito; isso simplesmente não pode ser feito. Mary é um ser humano inocente, portanto, ela não deve ser morta.

Sem vida humana não há sociedade, por isso o direito à vida tem sido um dos primeiros legitimados nas constituições modernas, já em sua primeira geração de direitos como uma forma negativa que gera uma obrigação de não fazer do Estado frente a esse direito ou seja o Estado não deve arbitrariamente tentar contra esse direito, garantindo com isso a sua incolumidade, em seguida sobre esse mesmo tema surge um direito de fazer onde o Estado deve proteger a vida não só de seus cidadão como também de visitantes através de políticas públicas de acordo com legislação relativa a este tema.

Diante de tantas ameaças, notamos que o direito à vida tem historicamente prevalecido, uma série de princípios naturais auto evidentes o fortificam nessa luta, tornando-se parte dele e por vezes sendo confundidos com o próprio direito à vida, esses princípios são verdadeiros elementos naturais do direito à vida, verdadeiras leis que como o próprio direito natural estão dentro de cada homem, sem que se saiba o momento de seu aprendizado. Essa lei garante a regularidade nas relações sociais e é o verdadeiro norte na busca pela justiça real.

Pode-se perceber que a natureza forma um cosmos (sistema) em razão de estar ordenada por leis de causa e efeito que garantem, cada dentro de seu âmbito, uma regularidade dos fenômenos físicos químicos e orgânicos. De semelhante modo, constatamos que o mundo espiritual da liberdade, do qual o homem participa e pelo qual transcende a natureza, é regido por normas. Assim, o

ser humano pertence à natureza pelo corpo e à sobrenatureza pelo espírito. No mundo da sobrenatureza, somente o Ser Supremo, Deus, não está sujeito a leis, e isso porque Ele próprio, como Razão eterna, é sua própria lei. O mundo natural e o homem, entretanto, estão sujeitos a leis e, logo, a Deus em quem tudo tem a sua medida e harmonia. (A Essência do Direito, 2006, p. 24.)

Não há dúvidas que a vida deve ser protegida, seja ela intrauterina ou extrauterina, em ambas as situações é o direito à vida que está em pauta e evidentemente não há hierarquia entre essas duas proteções uma vez que a vida extrauterina não é mais vida que a intrauterina. Não podemos valorar a vida diante da própria vida atribuindo a determinado ser humano mais direito à vida do que a outro, como bem citou Martins (2010, p. 285) “Para o Estado Democrático de Direito não podem existir cidadãos de primeira e de segunda categoria. Se a personalidade humana existe desde a concepção, o fato do indivíduo não ser ainda nascido não o torna passível de destruição”.

Como direito natural, o direito à vida possui uma série de características que o classificam como tal, subprincípios deste inalienável princípio regente da ordem social, a seguir apresentarei um rol exemplificativo destas características, descrever todas é impossível uma vez que a taxatividade de sua amplitude põe em risco a sua aplicabilidade.

3.2.1 A universalidade e permanência como aspectos naturais do direito à vida

O conceito de verdade absoluta é cada vez mais questionado por grande parte dos pesquisadores, com isso, dirigem suas pesquisas para a negação da existência de tal fato, mesmo que com isso acabem invocando uma verdade absoluta, a de que não existem verdades absolutas, derrubando com isso a lógica que pretendem impor. Como bem observam Rachels e James (2013, P. 23),

Para muitas pessoas esta observação – “culturas diferentes têm códigos morais diferentes” – parece ser a chave para entender a moralidade. Não há verdades morais universais, dizem eles. Os costumes de sociedades diferentes são tudo o que existe. Chamar um costume de “correto” ou “incorreto” implicaria podermos julgar tal costume por algum padrão independente do que é certo e errado. Mas não existe tal padrão. Todo padrão é limitado culturalmente.

Como abordado no tópico anterior, o relativismo representa um risco à busca da verdade real, as alegações de que a relatividade se aplica um direito basilar e negativo como é o direito à vida trazem um risco não apenas ao local onde pretende-se relativizar tal direito,

restringindo-lhe a mero produto da cultura local. Essa ameaça é revestida de perigo universal, uma vez que este direito não é restringível, ou seja, uma feminista norte-americana não possui mais direito à vida que um bebê no ventre de sua mãe, estando esta mãe com o bebê nos Estados Unidos da América ou na República Democrática do Congo.

A universalidade do direito à vida contribui no campo acadêmico para que aberrações jurídicas como as alegadas por grupos extremistas como o Femen, sejam facilmente neutralizadas pela lógica, em recente publicação referente à legalização do Aborto na Argentina, este grupo que coleta suntuosas doações anuais lançou a seguinte nota:

Abortion is a public health issue.
More than 50 women die every year in Argentina from complications of illegal abortions; a dangerous procedure that many must resort to due to the astronomical costs of private clinics.

Em Vernáculo:

Aborto é uma questão de saúde pública
Mais de 50 mulheres morrem todo ano na Argentina devido a complicações causadas por abortos ilegalmente efetuados; procedimento perigosa ao qual muitas têm de se sujeitar devido aos astronômicos custos de clínicas privadas.

Nesse trecho do artigo, vemos uma clara tentativa de desviar o foco da discussão, do direito à vida, para o direito à saúde da mulher.

As 50 mortes em média por ano são utilizadas como pretexto para legalização do aborto ou como prefiro denominá-lo, assassinato em massa de bebês.

Cabe destacar que se essas mulheres não tivessem escolhido arriscar suas vidas na tentativa de assassinar seus filhos nada disso teria ocorrido. Ao assumir tal risco as gestantes sabem que estão cometendo um crime severamente punido em seu país, sabem também que uma conduta efetuada na clandestinidade e longe das unidades hospitalares devidamente equipadas causa um risco, mas mesmo assim não se importando assumem tal risco, aos olhos do direito brasileiro podemos alegar que agem com dolo eventual, não medindo consequências para que o crime que tanto anseiam seja consumado, mesmo que o evidente resultado seja o fim de sua própria vida.

A universalidade do direito à vida combate tal prática, combate também a tentativa de relativização da vida. Sob o ponto de vista deste princípio a vida de um bebê ou adulto argentino tem o mesmo valor que a de um bebê brasileiro ou de um adulto brasileiro, e é esse elemento natural do direito à vida que o torna auto-evidente.

Conforme já dito, os primeiros princípios de Direito Natural são intuídos imediatamente, sendo, portanto, auto-evidentes. Assim, esses princípios primários

são universais e permanentes. Deles se forma uma ordem objetiva de deveres da qual são deduzidos aqueles da qual são deduzidos aqueles direitos subjetivos (radicados no sujeito) que foram conhecidos como direitos fundamentais da pessoa humana. (A Essência do Direito, 2006, p. 25).

A permanência inerente aos direitos naturais auto-evidentes é parte do direito à vida e infere que tal direito não é temporalmente afetável, ou seja, a vida possui no século XXI o mesmo valor que possuía no século XV, não importando como a sociedade se comporta diante deste direito, seu inestimável valor possuía nesse e possui naquele o mesmo valor. Tal princípio também se aplica ao futuro da sociedade, ou seja, daqui a cem anos o valor da vida permanecerá inalterado, não importando a cultura vigente nesta época ou mesmo a vontade do legislador, que não pode manipular o conceito de justo e injusto pois ambos são naturais e não construções sociais.

3.2.2 Da imutabilidade inerente ao direito à vida como princípio básico do direito natural

O direito à vida como princípio do Direito Natural que é possui a imutabilidade como uma de suas características, um verdadeiro subprincípio, essa característica o designa como valor universalmente aplicável e moldável ao caso concreto de forma que não se torne obsoleto com os anos, ou seja, diferente de muitas leis, esse princípio não pode ser revogado pela cultura ou sofrer alterações em seu rígido núcleo por este motivo. Como exemplo de mudança social legal temos no Brasil o exemplo da descriminalização do adultério, crime antes descrito no artigo 240 do CPB, o tempo tornou tal crime sem repugnância à sociedade e o mesmo foi abolido de nosso ordenamento jurídico como conduta típica do crime. Neste caso o problema não estava no legislador que instituiu tal conduta como crime, pois este é um ato repugnante seja no século XX ou XXI, mas sim, na queda moral da sociedade que passou a aceitar tal conduta como insignificante. A imutabilidade do direito à vida o protege contra estas manobras culturais efetuadas por legisladores, protege inclusive da valoração cultural conferida aos princípios naturais por diversas culturas, uma vez que mesmo sofrendo reduções ilegítimas tal princípio permanecerá válido e aplicável a qualquer momento na integra, como exemplo disso temos o caso do Tribunal de Nuremberg que evocou vários princípios naturais perfeitamente válidos a condutas praticadas diante de leis deturpadas. Magalhães Filho descreve essa característica do direito natural à vida da seguinte forma:

O Direito Natural é modelo do Direito Positivo, não um modelo estático a ser copiado, mas, antes, um modelo conformador dinâmico. É verdade que os princípios básicos de Direito Natural são **imutáveis**, entretanto eles também são referenciais dos quais se tirarão conclusões para problemas histórico-condicionados (A Essência do Direito, 2006, p. 18), (Grifo nosso).

E é essa capacidade de resolver problemas histórico-condicionados sem perder sua essência, que torna o direito natural à vida imutável, prova disso tem sido a aplicabilidade milenar desse princípio, em que enquanto protegido e aplicado há segurança jurídica e paz social, porém, quando ofendido ou na iminência de o ser a segurança jurídica e paz social sofrem danos por vezes irreparáveis e é por isso que os elementos naturais inerentes ao direito à vida são essenciais para a correta valoração do direito à vida, suprimir qualquer deles é suprimir o próprio direito à vida.

4 Da incompatibilidade entre o direito natural e constitucional à vida e o aborto

O aborto é a eliminação completa da vida intrauterina, nela, um médico, enfermeiro, a própria gestante ou qualquer outra pessoa utiliza medicamentos, instrumentos perfuro cortantes ou de sucção para assassinar o bebê ainda em gestação no ventre de sua mãe, esta prática na maioria dos casos é realizada com o consentimento da mãe, que vê no filho uma barreira a seus intentos, contrariando o instinto materno de proteção e amor ao pequeno e indefeso bebê, que é regra na sociedade.

Há cerca de 30 anos, teve início um debate oriundo dos movimentos feministas que tem o intuito de exigir do Estado a prestação do serviço de aborto de forma livre, gratuita e universal, para isso requerem que a legalização de tal prática seja apreciada e aprovada nas casas legislativas com urgência. Segundo esses grupos, a questão é de saúde pública, porém, a academia não pode aceitar argumentos tão rasos, principalmente após apreciação do capítulo anterior, onde expomos que o risco à saúde dessas requerentes não é involuntário, mas sim voluntário. Essas gestantes buscam clínicas clandestinas para praticar um crime devidamente tipificado no ordenamento jurídico pátrio por sua própria conta em risco, em verdadeira e literal manifestação de dolo eventual, no qual, suas integridades físicas e mentais entram na conta do risco.

Sobre o início destas discussões Haaland (2008, p. 76) infere que:

El aborto comenzó a debatirse publicamente em las democracias hace 30 años. Todo el mundo sabía que se llevaban a cabo abortos, em secretos, em el ámbito privado. Ahora las mujeres exigen que el estado permita y finacie los abortos. Su argumento era muy práctico: siempre iba a haber abortos, y el estado debía asegurar que fueran (seguros). Los grupos de intereses feministas politizaron el aborto, es decidir, lo llevaron al ámbito político público.

Neste capítulo pretendo demonstrar a incompatibilidade entre a legalização do aborto no Brasil e a Constituição Federal pátria, pretendo também demonstrar que o direito natural à vida é incompatível com a existência da prática abortiva em qualquer ordenamento jurídico e, por fim, demonstrar que a questão envolvida em nada se assemelha à saúde pública, mas sim à questão de segurança pública no combate de tal prática e da disseminação de suas ideias que em seu berço são eugênicas.

4.1 O direito à vida no ordenamento jurídico brasileiro

4.1.1 O direito à vida na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil, foi aprovada pela Assembleia Constituinte no dia 22 de setembro de 1988, em seguida, foi promulgada no dia 05 de outubro do mesmo ano. Conhecida como a constituição cidadã devido a formação de sua Assembleia Constituinte, esse documento foi aprovado e promulgado contendo algumas cláusulas intocáveis enquanto vigente esta Constituição, esse rol exemplificativo, mas não restritivo e muito menos reduzível recebeu o nome de cláusulas pétreas devido a sua rigidez constitucional.

Dentre essas cláusulas há uma em especial que será o cerne de nosso estudo, o direito à vida, presente no Título II da CF/88, intitulado Dos Direitos e Garantias Fundamentais, mais especificamente em seu 1º capítulo batizado de DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS.

Ao abordar este tema Martins (2010, p. 252), introduz seu capítulo da seguinte forma:

No presente capítulo, dedicado aos *direitos fundamentais*, matéria, portanto, eminentemente constitucional, o enfoque dado será preferencialmente o da *fundamentação* desses direitos, ou seja, de onde retiram sua *força normativa*, considerando-os como superiores e anteriores a constituição.

Esse é o sentido que apresento neste trabalho. O direito à vida como um direito natural de todos, direito este preexistente e independente de seu reconhecimento ou não pela ordem constitucional. Sua positivação através do poder constituinte originário é mero reconhecimento do *status quo* que esse inalienável princípio possui.

Esse status evidencia a incompatibilidade do direito natural à vida e a prática de aborto. O aborto nada mais é do que uma ameaça ao direito à vida, maquiada de liberdade da mulher e pregada violentamente por feministas que fogem do diálogo racional, como bem citou Bobbio (1992, p. 23) “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”.

E é em busca dessa proteção que os operadores do Direito devem seguir.

A Constituição da República Federativa do Brasil, traz no caput de seu artigo 5º a seguinte redação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à **vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (grifo nosso)

Neste artigo, todos são igualados em termos de direitos fundamentais homens, mulheres e estrangeiros. O primeiro direito a ter sua inviolabilidade garantida é o direito à vida, uma vez que o legislador reconheceu que sem a vida a sociedade não existiria, muito menos aquela Assembleia Constituinte.

Vemos através deste dispositivo constitucional que o direito à vida no ordenamento jurídico nacional é universal e inalienável, qualquer posicionamento diverso é inconstitucional, também é restringido o direito de relativizar a extensão desta garantia, logo para esta Constituição não há distinção entre a vida de homens, mulheres, crianças, não nacionais, prisioneiros. Como bem citou o professor Lenza (2013, p. 1040):

O direito à vida, previsto de forma genérica no art 5º., caput, abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna.

4.1.2 O direito à vida e a permissibilidade do aborto no Código Penal de 1940

Com amparo no texto constitucional de sua época e recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Código Penal Brasileiro traz um amplo rol taxativo de artigos que descrevem condutas e cominam penas, grande parte desses artigos visam a proteção do direito à vida, seja a vida intrauterina, seja a vida extrauterina. Porém, a presença de algumas causas descriminalizadoras que culminam na permissividade da prática do aborto pode suscitar um questionamento. A proteção Constitucional dá espaço para que o legislador restrinja o direito à vida em nome de outros direitos? Se sim, quais direitos fundamentais seriam mais pesados que o direito à vida no momento da ponderação legislativa sobre esse tema. Neste tópico discorrerei sobre os dois casos previstos no CPB onde há autorização para que a gestante escolha se quer ou não que o bebê seja assassinado sumariamente.

O primeiro caso de excludente de ilicitude encontra-se no artigo 128, I, do CPB, e é doutrinariamente chamado de aborto necessário, diz o texto legal que:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Nesse caso, temos duas situações, na primeira, contemplando o estado de necessidade em que a inconsciente gestante se encontra, o médico que está cuidando dela naquele momento, mesmo sem sua autorização, efetua em exercício regular de direito o que for possível para salvar a vida de ambos, porém, caso não seja possível o médico dará preferência à vida da mulher, caso suas chances não sejam mínimas comparadas a do bebê. Nesse sentido escreveu Magalhães Filho:

No primeiro caso (aborto para salvar a vida da mãe) entende-se que, como uma vida terá de ser ceifada de qualquer maneira, é preferível salvar a mãe. Aqui, se tem uma situação em que há estado de necessidade. (Teoria dos Valores Jurídicos, 2006, p. 150)

A segunda situação que esse dispositivo nos traz é a do diagnóstico precoce do risco, situação em que a gestante poderá fazer a escolha se dará ou não seguimento à gravidez, pondo em risco sua vida. Nessa segunda hipótese, entendemos que o diagnóstico médico constatou que apenas uma das duas vidas presentes naquela situação fática irá permanecer, logo, em ambos os casos há valoração do direito à vida, ou seja, nenhum outro direito fundamental entrará na valoração, com isso, embora discorde que esse tipo de escolha gere dúvida em uma mãe revestida pelo amor materno cuja história provou que prima pela vida do seu filho, não vejo nenhum problema jurídico na valoração de princípios, diferentemente do que observaremos na próxima hipótese.

O aborto em caso de gravidez resultante de estupro é previsto no artigo 128, II, do CPB e informa que:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

II - Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Esse dispositivo abre um verdadeiro leque de possibilidades, e pode ser mais amplo do que suas três linhas podem parecer.

Em primeiro lugar gostaria de analisar as particularidades que esse dispositivo traz no caso do estupro de incapazes. Quanto à ausência de vontade do (a) absolutamente incapaz, e necessidade que seu representante legal decida por ele perante o juízo, não há questionamento doutrinário ou desse trabalho, porém, no caso do estupro a escolha desse

representante legal poderá pôr fim à vida, entendendo a hediondez do estupro digna da maior reprovação social possível, me posiciono que há um choque inconstitucional de valores nesse caso, uma vez que a vida de um inocente será ceifada e com isso a dignidade sexual vilipendiada pelo crime hediondo cometido, não será restaurada, logo, embora aplicado há décadas em nosso ordenamento jurídico, esse dispositivo é incompatível com o direito constitucional à vida, a adoção seria uma melhor medida caso não desejassem criar o bebê advindo dessa infração.

Em segundo lugar, gostaria de destacar que dentre os incapazes estão os menores de 14 anos, que hodiernamente não raramente possuem vida sexual ativa, que pode muitas vezes culminar em uma gravidez, em que mesmo quando ambos possuam menos de 14 anos estará enquadrada no artigo acima citada, e poderão os representantes legais optarem por tal prática. Não defendendo a prática (que abomino), mas sim a vida, defendo que essa prática mais prejudica que que auxilia a menor que sofrerá a violência que é a prática do aborto, uma vez que adquirirá lembranças que levará para sempre consigo, ou seja, além da prática de uma desproporcional análise de princípios a aplicação deste inciso acarretará mais um dano, que acompanhará a paciente do aborto pelo resto de sua vida. Sara Winter, ex ativista pró aborto e atualmente defensora da vida, tece comentários sobre este tipo de experiência:

No momento em que meu teste de gravidez deu positivo, uma alegria tomou conta do meu coração.

Seis meses antes, eu havia sido internada às pressas num hospital do Rio com uma hemorragia severa. A causa? Aborto Clandestino. (...)

A ideia de fazer um aborto me destruiu física e mentalmente, e apenas a possibilidade de ter mais uma vez a vida crescendo dentro de meu ventre me fez feliz de novo. (...)

Hoje me dedico a contar minha história e a tentar salvar vidas. Mas tenho absoluta certeza de que, se tivesse lido esta obra antes, eu teria dois filhos vivos ao invés de um filho vivo e outro morto. (Contra o Aborto, 2017, “orelha de capa”)

Como bem destacou no trecho acima citado, o aborto cria um novo problema, o filho morto que estará sempre na consciência de quem pratica tal crime, fruto disso é a luta do movimento pró aborto para tornar essa conduta legal e socialmente aceitável, pois pensam que com o apoio da família e amigos tal dano será reduzido, enganam-se, pois a consciência humana não pode ser abortada.

A criança no ventre materno é tão humana quanto a criança que já veio à luz”. Expressões carregadas de eufemismo para definir o aborto (“expelir um feto” em lugar de “matar uma criança”) não resolvem o problema de consciência. Além disso, certos ditos populares como “o que o olho não vê o coração não sente” estão

carregadas de desumanidade e maquiavelismo. (Teoria dos Valores Jurídicos, 2006, p. 150)

Em terceiro e último lugar, temos o estupro contra a mulher plenamente capaz, nesse caso também me posiciono contra tal prática, mais uma vez considerando a reprovabilidade e hediondez de tal crime, porém, o bebê que a mulher traz em seu ventre é um terceiro inocente que nada tem com o crime, mata-lo sumariamente não traria a honra ou dignidade sexual da mulher de volta, muito menos evitaria novos casos como esse, logo, a valoração de princípios mais uma vez mostra-se desproporcional no caso concreto, uma vez que a honra externa jamais deve ser superior à vida. Neste sentido o professor Dr. Glauco Barreira brilhantemente cita em sua obra Teoria dos Valores Jurídicos que:

O segundo caso previsto para o aborto legal é o da mulher que ficou grávida em razão de estupro.

No aborto praticado para salvar a vida da mãe, a dúvida é sobre se deve ser salva a vida da mãe ou a do filho. O direito à vida de uma pessoa colide com o de outra pessoa. Moralmente, a consciência exige, conforme já foi falado, uma decisão sacrificial em favor do outro por parte da pessoa que tem capacidade de tomar decisões. Objetivamente falando, a vida da mãe não vale mais do que a do filho e vice-versa. Assim, o Direito não pode resolver esse caso através da razão pragmática que invoca o princípio da proporcionalidade ou ponderação axiológica, pois há paridade entre os valores. A única saída foi criar uma permissão para o cometimento do aborto pela mãe em razão do estado de necessidade.

No aborto cometido em razão de a mãe ter concebido em decorrência de estupro, a situação é bem diferente. Os valores concorrentes são a vida do filho (inocente) e a honra exterior da mãe. Não há dúvida de que a vida de uma pessoa está acima da honra exterior de outra. (Teoria dos Valores Jurídicos, 2006, p. 152)

Mais uma vez sugiro que, nesses casos, o bebê seja entregue à adoção caso a gestante não deseje criá-lo, com esse simples gesto, a morte de uma criança inocente pode ser evitada.

4.1.3 O direito à vida no pacto de San Jose da Costa Rica

A Convenção Americana De Direitos Humanos (CADH) mais conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, devido ao local de suas tratativas, foi um pacto recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro, essa adesão teve início através de uma carta de adesão protocolada no dia 25 de setembro de 1992, com isso, seguidos os tramites legais esta convenção internacional foi recepcionada pelo nosso ordenamento jurídico. Esse pacto traz

consigo uma série de proteções essenciais aos direitos fundamentais, entre elas, a proteção à vida, onde em seu artigo 4º informa 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. (Grifo nosso)

Seguindo a mesma linha de pensamento deste Pacto, o filósofo Francisco Razzo destaca que:

O Brasil, além disso, é membro signatário de algumas convenções internacionais de direitos humanos: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos no artigo 6º, no primeiro parágrafo, declara “O direito À vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.” E a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que no artigo 4º, sobre o direito à vida, declara: “Toda pessoa tem 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”. Em outras palavras: se o nascituro for uma pessoa desde o momento da concepção, o direito à vida lhe é inerente. Não faz sentido apelar para “Compreensão mais ampla”, que distingue “pessoa constitucional” para além da própria Constituição, como critério para interpretar aquilo que é transparente e incisivo na letra objetiva da lei. (Contra o Aborto, 2018, p.177)

Nesses termos fica evidente que esse pacto, defende o direito à vida, não só extrauterina, mas sim intrauterina ampliando inclusive essa proteção ao momento de sua concepção, logo o bebê tem tanto direito à vida quanto sua mãe, ou seja, em um só corpo habitam 2 seres vivos, que possuem direitos iguais, e que não podem ser confundidos pois essa confusão traz o risco de desrespeito a princípios constitucionais fundamentais, essa forma jurídica atípica não reduz os direitos da mulher, muito pelo contrário, sua vida e integridade física ganham uma proteção ainda maior da lei nesse estado, como prova disto encontramos no artigo 129 § 1º e 2º do CPB:

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

§ 1º Se resulta:

IV - aceleração de parto:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 2º Se resulta:

V - aborto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

Ou seja, a gestante possui uma especial proteção da lei, logo a tese de que o impedimento do aborto é mais uma tentativa de restringir os direitos conquistados pela

mulher é infundado. Com isso podemos concluir que o direito à vida da mãe não é mais valioso que o direito à vida do bebê, com isso, ambos devem coexistir em equilíbrio jurídico, sem que a lei imponha diferenças de valor entre eles e sem que a lei venha a ameaçar este direito natural, constitucional, infraconstitucional e essencial à existência da sociedade.

Formulado dessa maneira, evidenciam-se dois direitos básicos em aparente conflito: o direito à vida daquele que está por nascer e o direito à liberdade da gestante sobre o seu próprio corpo – porém, isso é só aparente, visto que, como argumentarei, não se trata de dois valores absolutos em disputa. Há, na verdade, um valor absoluto, *vida*, e outro relativo, *liberdade*. (Contra o aborto, 2018, p.56)

No terceiro ponto do ordenamento jurídico pátrio analisado, constatamos mais uma vez que além de naturalmente incompatível a valoração entre direito à vida e o aborto, valoração essa em que o peso da vida é muito maior, o aborto também é incompatível com normas infraconstitucionais materializada neste caso no Pacto de San Jose da Costa Rica, que concede ampla proteção à vida, resguardando-a desde a concepção.

Reconhecido o direito à vida desde a concepção, como o faz o Pacto de São José da Costa Rica sobre Direitos Humanos (1969) em seu art. 4º, não se admitem as exceções do aborto (matar o ainda não nascido) e da eutanásia (suprimir a vida em seu estágio terminal). (Tratado de Direito Constitucional Vol. 1, 2010, p.287)

4.1.4 O direito à vida no Estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi publicado no Diário Oficial da União no dia 16/07/1990 em seu texto era previsto o prazo de noventa dias após a publicação para que estrasse em vigor, após este prazo passou a produzir efeitos, garantindo uma série proteções à criança e ao adolescente, devidamente descritos em seu texto, dentre essas proteções é digna de destaque a presente em seu artigo 7º que confere:

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a **proteção à vida** e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que **permitam o nascimento** e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Esse artigo traz uma série de responsabilidades ao Estado, que deverá propor e sustentar uma série de políticas sociais públicas com o intuito de proteger à vida da criança e do adolescente, porém, o texto foi além e estendeu a proteção à vida até o nascimento, ou seja, a gestação deverá ser protegida e atendida pelas políticas públicas positivadas nesse dispositivo, logo, a propositura de medidas contra o fim da vida intrauterina seria ilegal e imoral sob a égide deste dispositivo.

4.2 Aborto e STF, da inconstitucionalidade da ADPF N° 54

Sob a égide da Constituição de 1988, o STF passou por um período de adaptação em que precisou balizar os princípios recepcionados e os dispositivos rejeitados pela nova constituição, com isso esse tribunal passou quase 2 décadas sem ser provocado a julgar causas do tipo que restrinjam direitos fundamentais, porém, em 2004 a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde protocolou uma ação junto a esse tribunal, essa ficou nacionalmente conhecida pelo número protocolar que recebeu neste tribunal, no caso, ADPF N° 54.

Nessa ação, os requerentes buscavam o aval do STF para que a antecipação terapêutica de parto (aborto realizado por profissional competente) de feto anencefálico não fosse mais considerada aborto, permitindo assim que gestantes nessa situação tivessem o direito ao aborto sem a necessidade de autorização judicial ou qualquer permissão específica do Estado, ou seja, este grupo buscava reduzir ainda mais o “trabalho” que a gestante teria para efetuar o aborto.

A anencefalia é uma doença que pode atingir o bebê ainda no ventre de sua mãe, entre a 16° e 26° semanas de gestação, essa doença causa a má formação do cérebro do bebê, tecnicamente falando há ausência total do encéfalo e da caixa craniana do feto. Como na maioria dos casos essa doença do bebê não atinge sua mãe fisicamente, não há o enquadramento jurídico em nenhuma das hipóteses elencadas no tópico 1.2 deste capítulo, logo, antes dessa ADPF tal aborto efetuado sem uma prévia requisição ao tribunal competente visando autorização, precedida de motivos devidamente expostos por seu advogado, seria crime onde a gestante e o médico estariam sujeitos às penas cominadas no CPB. Visando facilitar tal prática e desconsiderando que a vida prescinde de raciocínio, principalmente a intrauterina, esse grupo, munido do constitucional direito de representação que lhe foi conferido por seus partícipes deu início a esta ADPF.

A CF/88 ao prever os casos de controle constitucional concentrado concedeu uma enorme competência residual para o controle difuso, a ADPF ou arguição de descumprimento de preceito fundamental pertence ao controle concentrado e por isso segue de forma paralela aos temas de controle difuso, porém, a falta de regulamentação legal criou uma lacuna que perdurou por alguns anos, sobre este Mendes (2010, p.313) esclarece que:

Em resposta a esse quadro de incompletude, editou-se a Lei n. 9.882/1999, que regulamenta a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF, prevista no art 102, § 1º, da Constituição.

Como típico instrumento do modelo concentrado de controle de constitucionalidade, a ADPF tanto pode dar ensejo à impugnação ou questionamento direto de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, como pode acarretar uma provocação a partir de situações concretas, que levem à impugnação de lei ou ato normativo.

No primeiro caso, tem-se um tipo de controle de normas em caráter principal, o qual opera de forma direta e imediata em relação à lei ou ao ato normativo.

No segundo, questiona-se a legitimidade da lei tendo em vista a sua aplicação em uma dada situação concreta (caráter incidental).

No caso narrado acima os defensores do aborto buscam questionar a legitimidade da lei, apresentando o caso concreto, situação das gestantes de bebês com microcefalia e certeza da morte pós-parto destes. Nessa situação os dispositivos questionados são os artigos 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal Brasileiro, cabe ressaltar que a peça dos requerentes em nenhum momento cita o direito à vida presente no artigo 5º da CF/88, muito menos o direito à vida presente no Pacto de San Jose da Costa Rica, também passam longe da proteção ao nascimento conferida pelo Estatuto da Criança e do adolescente, citam apenas o Código Penal Brasileiro, como se fosse o único a resguardar a vida em nosso ordenamento jurídico.

Após protocolo de recebimento desta ADPF, o STF demorou aproximadamente 8 anos para colocá-la em pauta, até que no dia 13 de abril de 2012, esta ADPF teve seu último dia de apreciação pela suprema corte. Esse julgamento foi adjetivado pela imprensa como um dos mais importantes e históricos julgamentos da história desta suprema corte.

O resultado final foi favorável aos defensores do assassinado de bebês, no placar final de 8 votos a favor e apenas 2 contra, em que os ministros Ricardo Lewandowski e Cesar Peluso (Presidente do STF à época) foram votos vencidos.

Antes de explicar a incompatibilidade desta decisão com a CF/88, gostaria de citar um trecho do voto do ministro Marco Aurélio Mello, voto este que retrocede décadas de conquistas relativas ao direito à vida, mas que foi adjetivado pela imprensa nacional como brilhante exposição.

Se, de um lado, a Constituição, ao consagrar a laicidade, impede que o Estado intervenha em assuntos religiosos, seja como árbitro, seja como censor, seja como defensor, de outro, a garantia do Estado laico obsta que dogmas da fé determinem o conteúdo de atos estatais. Vale dizer: concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada. A crença religiosa e espiritual – ou a ausência dela, o ateísmo – serve precipuamente para ditar a conduta e a vida privada do

indivíduo que a possui ou não a possui. Paixões religiosas de toda ordem não de ser colocadas à parte na condução do Estado. Não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. Caso contrário, de uma democracia laica com liberdade religiosa não se tratará, ante a ausência de respeito àqueles que não professem o credo inspirador da decisão oficial ou àqueles que um dia desejem rever a posição até então assumida.

A apreciação do voto desse ministro, que à época foi o relator dessa ADPF, nos leva a uma conclusão, esse tema foi abordado sobre o ponto de vista religioso, da primeira à última página onde expõe os motivos de seu voto, o ministro rebate temas religiosos, negligenciando com isso o cerne do debate, o direito à vida.

Em seu voto o ministro Marco Aurélio dedica a maioria das páginas à tentativa de reafirmar a laicidade do Estado Nacional, fato esse incontestado, seus argumentos inferem que a questão ali abordada não é direito à vida contra aborto, mas sim dogmas religiosos inúteis contra a racionalidade moderna e real extensão do ordenamento jurídico pátrio.

A decisão do STF embora aplicável é inconstitucional, mesmo sendo o guardião da constituição, o STF é composto por homens, que como outros homens, podem errar, e o primeiro erro desse tribunal, devidamente exposto no voto do ministro Marco Aurélio foi a negligência aos direitos fundamentais ao colocar essa questão como tema religioso, com isso o artigo 5º desta constituição foi violado, e junto dele uma série de normas infraconstitucionais e leis, essa violação destaca mais uma vez a incompatibilidade entre o direito natural à vida e o aborto, uma vez que com essa autorização judicial a prática do aborto nos casos descritos como microcefalia violaria o direito natural e constitucional à vida, pois no âmbito natural este direito é irrestrito e no âmbito constitucional este direito não admite a extensão concedida pelo STF na ADPF 54.

Em suma, gostaria de destacar o grau de fuga ao tema demonstrado no voto do ministro Marco Aurélio, na página de número 34 logo após tentativa de caracterizar o argumento contrário ao aborto como mero fundamentalismo religioso, o ministro cita um trecho da Bíblia como justificativa para a laicidade do Estado.

A República Federativa do Brasil como Estado laico:
“Dai a César o que é de César e a Deus o que é de Deus”, Evangelho de São Marcos, capítulo XII, versículos 13 a 17

O ministro nesse trecho pegou o livro base da teologia, a Bíblia, porém, cometeu um erro hermenêutico grotesco nessa análise, pegou um texto o inseriu fora de contexto para em seguida utilizá-lo como pretexto a seus intentos. Porém, achei muito interessante tal

citação, principalmente vinda de um ministro do STF, o que legitima mais ainda o texto presente neste mesmo livro que profetiza:

E este evangelho do reino será pregado no mundo inteiro, em testemunho a todas as nações, e então virá o fim. (MT 24:14)

Ainda analisando a citação e interpretação bíblica do ministro Marco Aurélio, se o mesmo tivesse entendido o significado de tal trecho da bíblia seu voto teria sido diferente. “Dai a César o que é de César”, concordo que os cidadãos devem cumprir seus deveres e principalmente pagar os seus impostos, sob o prisma teológico essa é uma verdade, desde que, ao citar “e a Deus o que é de Deus” constatamos que as decisões sobre a vida e morte devem advir da decisão divina, que segundo a teologia é quem concede e recolhe o sopro da vida.

Após essas considerações vemos que o STF se posicionou nessa ADPF contra uma cláusula pétrea, violando assim o direito constitucional à vida excedendo com isso a sua competência, atribuída por esta constituição.

4.3 Da incompatibilidade de coexistência do direito à vida e do direito ao aborto em um mesmo ordenamento jurídico

É inegável a amplitude que o poder constituinte originário quis conferir ao direito à vida, direito esse que é natural, porém, uma série de ameaças a esse direito faz com que surjam constantes debates sobre a sua amplitude e valoração quando comparado a outros direitos fundamentais. Quem tem a palavra final sobre a amplitude de tais? Essa é a pergunta que acalora os debates, como abordamos no parágrafo anterior, o STF pode falhar, e a vida não pode pagar o preço que essa falha traz consigo, pois, o reconhecimento futuro da imutabilidade desse princípio não é capaz de devolver a vida aos bebês abortados. Sobre a importância e universalidade deste debate o filósofo Francisco Razzo alerta que:

Porque já ninguém mais se espanta, nesses tempos em que o poder de deixar de viver e de fazer morrer é tratado com ligeireza da opinião popular ou com a arbitrariedade da opinião judicial. Questão de tal ordem, no entanto, não poderia ter sido decidida assim, em lugar indiscernível entre o asfalto e a toga.

Isso porque questões de tal ordem, como é a do aborto, são antes de tudo filosóficas, antropológicas, éticas, civilizacionais. Definem ou circunscrevem as fronteiras do que chamamos de humano, de humanidade, de vida e de morte, ainda que admitidas todas as discussões sobre conceitos sempre tão complexos e equívocos. (Contra o aborto, 2018, p. 11-12)

O debate sobre o aborto não pode ser restringido a opinião de poucos, uma vez que o direito à vida protegido nesta situação atinge toda a população brasileira, se este tema for tratado sem o cuidado que merece, podemos estar relativizando direitos absolutos que em médio e longo prazo tragam consigo consequências insuportáveis e inimagináveis para aqueles que se omitiram ou não efetuaram a valoração adequada.

O aborto é o nome socialmente aceitável para a pena de morte de bebês ainda no ventre de sua mãe, tudo isso em nome da liberdade sexual ou mesmo da vontade de se ver livre do bebê doente, como no caso do aborto terapêutico em casos de bebês com microcefalia, que embora batizada com termos técnicos jamais deixará de ser uma forma eugênica de aborto. Nesses casos vemos uma pena desproporcional aplicada ao bebê, que de forma sumaria terá sua vida ceifada violentamente. No caso em análise também é desproporcional o valor conferido ao direito à vida diante dos demais valores analisados, tem maior valor a dignidade sexual da gestante, que mesmo com o aborto continuará violada, pois essa prática não lhe conferirá o valor que o criminoso feriu, muito pelo contrário, afetará mais uma vida, essa inocente e indefesa, porém, sujeito de direitos constitucionais, infraconstitucionais e naturais desde a sua concepção. Nessa linha de raciocínio Magalhães Filho (2006, p. 156) destaca que:

A pena para um delito quando excessiva atenta contra a dignidade da pessoa humana. Assim, é de se repudiar as penas humilhantes, a prisão perpétua e a pena de morte. Ora, se a pena capital é inaceitável para um criminoso, muito mais será inaceitável o “aborto permitido” para eliminar a vida de uma criança inocente, ainda que tenha sido concebida tragicamente como resultado de um ato criminoso (estupro) cometido contra a mulher.

Diante desse tema, uma das perguntas que podem surgir é se existe possibilidade de convivência harmônica entre o direito à vida e a legalização de qualquer modalidade de prática do aborto em um mesmo ordenamento jurídico.

A resposta fundamentada na análise do ordenamento jurídico brasileiro é que não, essa convivência harmônica não é possível, mesmo que outro ordenamento possa trazer a legalização do aborto de forma indiscriminada até mesmo nos casos proibidos no ordenamento pátrio, o direito à vida não perderá 1% de seu valor com isso, pois é auto-evidente e pré-existente, sendo ele o alicerce para o equilíbrio de qualquer ordenamento jurídico. Analisando outros ordenamentos jurídicos, é digno de citação o exemplo dos Estados Unidos da América, que em sua declaração de independência afirma (de forma já traduzida) que:

Consideramos evidentes por si mesmas as verdades de que todos os homens são criados iguais, de que todos são dotados por seu Criador de certos direitos inalienáveis, de que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade.

A CF/88 seguiu o mesmo caminho em relação ao direito à vida, não por acaso, mas por conhecimento do inegociável valor que esse direito fundamental possui. Mesmo com um texto tão belo como o citado, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América vilipendiou a universalidade e inalienabilidade do direito à vida, legalizando o aborto ainda na década de 70 no julgamento de um caso denominado *Roe vs. Wade*, décadas depois o STF daria um pequeno passo nessa direção, como já descrito no tópico de Nº 2 deste capítulo.

Sobre o caso *Roe vs. Wade* é digno de destaque que a requerente à época gestante de nome Norma L. McCorvey ("*Jane Roe*"), não conseguiu autorização para abortar em tempo, sendo submetida ao parto e dado à luz a uma criança, que mudou completamente a vida de sua mãe, fazendo com que se arrependesse de seu intento de abortar e seguisse na criação de seu bebê, sem sequer entregá-lo a adoção. Na petição inicial deste caso as advogadas da requerente alegaram que ela havia sido violada por uma gangue, fato este desmentido pela requerente no ano de 1987, que descreveu esse episódio com as seguintes palavras, "Minha conduta pode não ter sido totalmente ética. Mas eu fiz por que pensei que havia boas razões." É por isso que qualquer concessão a restrições ao direito à vida pode ocasionar um efeito colossal, os grupos feministas vão aos poucos galgando espaço, nos EUA vimos que a luta começou pelo direito de uma mulher "violada" abortar e hoje, com o aborto injustificado devidamente legalizado, se estende a tentativa de legalizar a morte de crianças já nascidas, até certa idade nesse caso.

Diante de casos como esse conhecemos um pouco da falta de limites que o homem pode ter ao buscar seus objetivos, por mais maldosos que sejam, é por isso que o Estado deve através do seu Legislativo e Judiciário conferir o devido valor que o direito à vida possui, o desvio de finalidade em qualquer um desses órgãos pode ocasionar danos como o advindo da legalização do aborto de feto anencefálicos, pois essa legalização foi apenas mais um degrau dos grupos contra a vida em direção a um objetivo muito maior, barrar esses grupos que ameaçam esse essencial direito não é restringir direitos de liberdade, mas sim promover o bem comum, pois eles continuarão podendo opinar, sem sucesso caso o tema receba o devido valor moral e constitucional que merece, pois lutam nesse caso contra um inegociável valor, nesta mesma linha de raciocínio Martins (2010, p. 285) afirma que:

O Estado Democrático de Direito existe para promover o bem comum, que são as condições necessárias para que cada pessoa integrante da sociedade politicamente organizada possa atingir os seus fins existenciais lícitos. Assim, o primeiro direito a ser resguardado e protegido pelo Estado para cada um dos integrantes da sociedade, em suas dimensões de Estado-legislados, Administrador ou Juiz, é o direito à vida. (p. 285)

Após uma análise legal e filosófica fica evidente que o direito natural à vida, não pode coexistir em um mesmo ordenamento jurídico com o direito ao aborto, com exceção do caso de risco à vida de ambos, onde uma das vidas inevitavelmente será perdida, porém, nesse caso nos dois lados da balança haverá o direito à vida, diferente dos demais casos em que o direito à vida é posto diante de outros direitos muito menores que esse, sacrificar o direito à vida em detrimentos desses é mera conduta de incitação à morte, execução sumária advinda de infundadas instigações ao homicídio de crianças inocentes e indefesas, porém, titulares de direitos, alguns desses como o direito natural à vida, inalienáveis, Martins (2010, p. 285) contribui para esse debate com uma brilhante colocação:

A vida é o principal e mais básico dos direitos humanos fundamentais e condição de existência de todos os demais. Se hoje o direito a um meio ambiente saudável tornou-se direito humano fundamental de 3º geração (direitos de solidariedade), e o direito ao trabalho já se buscava garantir no início do século XX como direito humano fundamental de 2º geração (direitos positivos –prestação estatal), é porque o descuido nessa matéria compromete a vida humana, direito humano fundamental de 1º geração (direitos negativos – vedação à supressão) e sustentáculo de todos os demais. Sem garantia à vida, tudo o mais é perfumaria. (p. 285)

E é por isso, que a defesa deste direito é urgente, os defensores da morte de bebês não podem escalar mais nenhum degrau, pois os próximos dão acesso a um rol ainda maior de vidas, se milhares de litros de sangue serão derramados com a adição do aborto de bebês acometidos de anencefalia, o próximo degrau de conquistas abortivas poderia converter esse número em milhões de litros de sangue inocente, pertencentes a milhões de vidas inocentes, logo a luta dos operadores do direito não deve ser restringida a frear esse nefasto movimento pró mortes, mas sim a legalmente forçá-los a retroceder, um, dois, três, quatro degraus, até o último que tenham galgado através de sua maliciosa e camuflada campanha.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início deste trabalho, analisamos os conceitos de jusnaturalismo e juspositivismo, considerando nesta análise o pensamento de seus maiores expositores. Em seguida com a análise do panorama histórico de aplicação de ambas as correntes pudemos observar que o juspositivismo foi a base para alguns dos maiores desrespeitos a direitos fundamentais já registrados na história moderna, enquanto o jusnaturalismo foi base para sanar a insegurança jurídica gerada pelo juspositivismo e protagonista de épocas de saudoso equilíbrio jurídico.

Com esses conceitos bem definidos e exemplificados, passamos a analisar o direito natural à vida como base para uma sociedade juridicamente equilibrada, uma vez que, sem vida não há sociedade e a menor ameaça a esse irrefutável direito constitui ameaça a todos numa escala global.

A efetivação dessa ameaça é a concessão de autorização para a prática indiscriminada de aborto no ordenamento jurídico pátrio, ou até mesmo prática limitada em situações onde o direito à vida é reduzido diante de outros direitos.

Em um de seus inúmeros discursos o pastor Martin Luther King Jr². afirmou que “A verdadeira medida de um homem não se vê na forma como se comporta em momentos de conforto e conveniência, mas em como se mantém em tempos de controvérsia e desafio”. Esse é o sentido com o qual a academia deve analisar a amplitude do direito à vida, que sofre iminente ameaça diante de uma série de ações que ainda tramitam perante o STF, com intuito de descriminalizar a prática de aborto em qualquer situação, além disso o rol de causas em que o aborto é permitido é cada vez mais ampliado por esse tribunal, como um exemplo trabalhamos os termos e consequências da ADPF N° 54.

Após detalhada análise do ordenamento jurídico pátrio nas esferas constitucionais, infraconstitucionais e legais restou-nos como conclusão de nosso trabalho que, de fato, não há possibilidade de coexistência harmônica entre o ordenamento jurídico instituído pela CF/88 e a prática de aborto no Brasil. Concluímos também que o STF ao analisar a ADPF N° 54 desrespeitou a Constituição Federal ao conceder o direito de eliminar a vida, algo que essa

² Pastor protestante norte americano e vencedor do Prêmio Nobel da Paz de 1964.

Constituição protege de forma explícita através de uma cláusula pétrea, cláusula essa que foi violada nessa decisão através de arbítrio da função do STF.

O direito natural à vida é universal, inalienável e imprescritível daí a importância dessa luta. A legalização do aborto para os grupos que lutam contra a vida é apenas mais um degrau na busca pela relativização de grande parte dos direitos fundamentais, porém, para os operadores do Direito que defendem a vida, esse degrau é inegociável, relativizar a vida seria como aceitar o fim da sociedade, a destruição de todo um ordenamento jurídico e todo um conjunto de valores naturais presentes em todos e que fielmente aplicados conduzem a paz social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- A Confissão de Fé Batista de Londres de 1644.** Disponível em < <http://www.monergismo.com/textos/credos/confissao-londrina-1644.pdf> >. Acesso em 15 de novembro de 2018.
- AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teológica.** São Paulo: Edições Loyola, 2005.
- BACON, Francis. **Novum Organum.** Pará de Minas: Acrópolis, 2002.
- BAPTISTA, Zulmira Maria de Castro. **Direito internacional público contemporâneo.** São Paulo: Pillares, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. **Código Penal Brasileiro de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em 7 de novembro de 2018.
- _____. **Constituição Federal de 5 de outubro de 1988.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em 7 de novembro de 2018.
- _____. **Estatuto da Criança e do Adolescente de 13 de julho de 1990.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm >. Acesso em 8 de novembro de 2018.
- CÍCERO, Marco Túlio. **Da república.** Trad. Amador Cisneiros. Rio de Janeiro: Ediouro, [s.d.].
- Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.** Disponível em < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm >. Acesso em 6 de novembro de 2018.
- DEL VECCHIO, Giorgio Del. **A Justiça.** São Paulo: Saraiva, 1957.
- DOUZINAS, Costa. **O fim dos direitos humanos.** São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- FEMEN ENGLISH. **Femen calls for legal, safe and free abortion for Argentina. 2018.** Disponível em: <<https://femen.org/femen-calls-for-legal-safe-and-free-abortion-for-argentina/>>. Acesso em 16 de outubro de 2018.
- FINNIS, John. **Direito Natural em Tomás de Aquino.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris (Editor), 2007.
- GANDRA IVES, da Silva Martins. **Tratado de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2010.
- GRAÇA, João Wilame Coelho. **Aspectos histórico-evolutivos do jusnaturalismo: da Grécia antiga a Tomás de Aquino.** 2011. 74f. – Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Programa de Pós-graduação em Filosofia, Fortaleza (CE), 2011.

HAALAND JANE, Matlary. **Derechos Humanos depredados**. Madrid: Ediciones Cristiandad, 2008.

HOBBS, Thomas, **Leviatã**. 1. Ed. São Paulo: Martin Claret; Edição: 1ª, 2014.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LENZA PEDRO. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOCKE, John. **Carta sobre a Tolerância**. Lisboa: Edições 70; Edição: 1ª (2014)

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **A essência do Direito**. 2º ed. São Paulo: Rideel, 2006.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Teoria dos Valores Jurídicos**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Editoria Revista Dos Tribunais, 2016.

NUNES, Paulo Henrique. **O pensamento político de Thomas Hobbes**, Simplíssimo livros: 2010

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em < <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por> >. Acesso em 1 de novembro de 2018.

POWELL, John. **Aborto o holocausto silencioso**. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

RACHELS, James; RACHELS, Stuart. **Os elementos da filosofia moral**. 7. ed. Porto Alegre: AMGH, 2013.

RAZZO FRANCISCO. **Contra o Aborto**. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017.

ROSENFELD, Kathrin H. **Sófocles & Antígona**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54**. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf> >. Acesso em 15 de novembro de 2018.