

15.91

15.08.91  
015/91

Ives Gandra da Silva Martins

FUNDAMENTOS DO DIREITO NATURAL À VIDA

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,  
Professor Titular de Direito Econômico  
da Faculdade de Direito da Universidade  
Mackenzie.

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

Três são as leis que se postam no universo cognoscível do ser humano pela e além da razão. A lei eterna, a lei natural e a lei positiva (1).

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

-----  
(1) Tomás de Aquino, na Suma Teológica, esclarece, com perfeição, os três planos normativos (The Great Books, volumes 19-20, Ed. Britannica, 1955).

0605-LEX-10.03.91

A Universidade de Navarra publicou, recentemente, "História Universal" em 13 volumes e, no exame de suas correntes explicativas, Luiz Soares Fernandez, autor do 1º volume, demonstra o extraordinário paradoxo de que as escolas materialistas, que explicam a aventura do ser humano sobre a terra, tiram-lhe seu mais importante atributo, que é a liberdade, pois acreditam no determinismo, na evolução natural, como pretendem Rousseau, Hegel, Marx ou Vicco (2). Diagnosticam tais autores - e Vicco com problemas sérios de consciência científica - que o homem necessariamente evoluirá, independentemente de sua liberdade decisória, pois os fatos pretéritos assim, teoricamente, o demonstram.

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

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

correntes materialistas (3).

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

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

A lei natural foi razoavelmente percebida pelos gregos e pelos romanos, que

-----

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

entendiam haver duas ordens pertinentes à organização social: uma delas preexistente à sociedade e inerente ao ser humano, que com tais direitos nascia, e outra criada pelo Estado conforme as necessidades circunstanciais e próprias de seu povo. À primeira denominavam "direito natural" e à segunda "direito escrito" ou "positivo". Não chegaram seus autores a estudar, nesse nível de clara divisão, as duas ordens, mas de seus escritos deduz-se a intuição das mesmas, que o direito natural moderno veio a reconhecer(4).

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

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

Ora, da mesma forma que há leis naturais que regem a Biologia, Física, Química, há leis naturais que regem os principais direitos do ser humano, como René Cassin, o principal autor da declaração universal dos direitos humanos, admite. Em outras palavras, tais direitos, reconhecidos pelos ordenamentos jurídicos dos principais países civilizados, não são próprios do direito positivo, mas do direito natural (5).

Alguns autores, como Reale e Goffredo Telles Jr. (6), entendem que tais direitos naturais decorrem de uma evolução histórico-axiológica, sendo, pois, posteriores à criação do homem e não inerentes a seu aparecimento, contrariando tal postura a de Izquierdo, Hervada, Messner, René Cassin, Ylves José de Miranda Guimarães, Pedro Galvão de Souza (7).

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

(6) Goffredo Telles Junior (Direito Quântico, 5ª ed., Ed. Max Limonad, 1980), Miguel Reale (Direito Natural/Direito Positivo, Ed. Saraiva, 1984).

(7) Izquierdo e Hervada (Compêndio de Derecho Natural, 2 volumes, Ed. EUNSA, 1980), Johannes Messner (A Ética Social, Ed. Quadrante), Ylves José de Miranda Guimarães (O Tributo, Ed. Max Limonad, 1983) e José Pedro Galvão de Souza em diversos artigos na Revista Hora Presente.

Entendemos nós que os últimos razão têm. O homem nasce com certos direitos, que não vem a receber por mera repetição de fatos históricos que os valoriza, mas tal repetição decorre do reconhecimento de sua inerência. Por esta razão, tais direitos são imutáveis e não circunstanciais.

Em verdade, tal polêmica esgota-se no rigor de sua conformação, visto que ambas as correntes entendem que os direitos principais pertinentes a cada ordenamento jurídico são de direito natural e não criação do direito positivo, que ao não reconhecê-los perde a legitimidade própria de sua força impositiva e reduz sua capacidade de permanência no tempo. A teoria do alcance da norma injusta reserva-lhe pouca extensão e durabilidade (8).

Temos visão pessoal do problema, visto que, reconhecendo a mutabilidade dos direitos fundamentais e da lei natural, não afastamos de todo a visão racionalista (9), cujo fracasso maior residiu na estipulação de tais leis sem aferição científica para todas as relações de Direito reguladas. Entendemos, todavia, que são

-----  
(8) Nosso "A legitimidade do poder e uma teoria de alcance" (Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, vol. 2, Ed. Forense, janeiro de 1984).

(9) A matéria foi por nós tratada no Caderno nº 1 de Direito Natural (Ed. CEEU/CEJUP, 1985, pgs.20/27).

de direito natural as leis já aceitas, pela ciência e pelos autores, como fundamentais ao ser humano. Na medida, entretanto, em que o ser humano for estendendo o universo de seu conhecimento, é provável que venha a detectar novas leis naturais e serem agregadas às atuais, como o astrônomo acrescenta, a cada ano, novas leis sobre a mecânica dos cosmos, na medida em que estende seu conhecimento racional (10).

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

O artigo 5º da Constituição Brasileira é, fundamentalmente, norma de direito natural, posto que seu caput principia com a seguinte afirmação:

-----

(10) Carl Sagan, em Cosmos (ed.UNB), demonstra a surpreendente revolução na percepção das leis celestiais que representaram as viagens espaciais.

"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade".

É evidente que o direito à vida implica outros direitos que lhe permitam ser exercido, que também são de direito natural, com o direito à educação, à liberdade de associação, ao trabalho, à saúde, à dignidade pertinente ao ser humano, à intimidade, a não ser afastado da convivência social, senão se lhe trouxer mal superior, a partir dos indícios de sua atuação pregressa.

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

Com rara precisão Platão retrata o dilema, através de Cálicles, que entende ser de direito natural os fortes dominarem os fracos, posto que cada um teria direito a seus atributos, cabendo aos fracos o direito à fraqueza e ao forte o direito à fortaleza. Pela palavra de Cálicles, o Estado não deveria suprir o fraco contra o forte, pois se oporia à natureza das coisas, Sócrates o

contraria, ao mostrar que vivendo o homem em sociedade, a sociedade iguala os desníveis e supre as desigualdades, sobre ser mais feliz o forte adaptado a uma sociedade em que os fracos têm dignidade que aquela em que o escraviza e domina, mas perde a relação convivencial entre seres humanos (11).

O direito à vida, talvez, mais do que qualquer outro, impõe o reconhecimento do Estado para que seja protegido e, principalmente, o direito à vida do insuficiente. Como os pais protegem a vida de seus filhos após o nascimento, os quais não teriam condições de viver, sem tal proteção à sua fraqueza, e assim agem por imperativo natural, o Estado deve proteger o direito à vida do mais fraco a partir de teoria do suprimento (12).

-----

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

(12) Em "Caderno de Direito Econômico nº 4", Ed. CEEU/CEJUP, 1986, pgs. 86 e 113 discorremos sobre a "teoria da acumulação" que permitiu a evolução econômica da humanidade, suporte da teoria do **suprimento, que fez do Estado protetor natural do insuficiente.**

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

Os argumentos, que têm sido trazidos à discussão, de que o aborto não é atentado ao direito à vida, mas o exercício de um direito ao corpo que a mulher possui, não prevalece, visto que se a própria natureza feminina faz-lhe hospedeira do direito à vida de outrem, no momento em que a hospedagem se dá, já não é mais titular solitária de seu corpo, que pertence também a seu filho. E o egoísmo que a leva a assassiná-lo, para fazer dele uso exclusivo de seus apetites, caprichos, conforto ou qualquer outro motivo, representa tirar o direito a outrem que também é titular do corpo materno. Desde a concepção, o corpo feminino pertence a duas vidas e é dirigido por dois seres, a mãe e o filho, e a mãe não pode praticar homicídio para retirar ao filho um direito que possui ao corpo materno, qualquer que seja a conveniência ou o motivo. O corpo já não mais lhe pertence por inteiro e o aborto, em tal caso representa, em verdade, um latrocínio, visto que ao assassinato do filho junta-se o roubo da parte do corpo materno que de direito ao filho gerado pertencia (13).

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

Nem se argumente que tal concepção é forma de permitir a sobrevivência dos demais, nos lares com muitos filhos, ou de evitar-se a explosão demográfica, visto que, a partir de tal concepção, forma de reduzir a população humana seria eliminar também os velhos, os inúteis, os doentes, aqueles que são um peso para a sociedade.

Em tal hipótese, o ser humano deveria ser útil, como o é um touro reprodutor, que, enquanto serve deve viver, mas, passada a época de reprodução, é levado para o corte. O utilitarismo do ser humano, transformado em máquina social, teria idêntico tratamento ofertado ao gado, nas fazendas de seus criadores (14).

Acresce-se, no caso do aborto, que o feto é o insuficiente pleno. Não possui defesa. Por isto, já os romanos em lei os protegiam, visto que a lei é a sua maior defesa.

-----

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

Se perguntássemos hoje a qualquer das pessoas, cujas mães pensaram no passado em abortá-las, mas não sucumbiram à tentação, se gostariam de ter sido abortadas, a resposta seria negativa, visto que agora têm defesa que à época não tinham, se suas mães tivessem concretizado a intenção.

Acresce-se elemento fático, visto que, todos os médicos, quando cuidam das técnicas de aborto, reconhecem que o feto sofre morte violenta e dolorosa; muitas vezes demorada, que é tanto mais dolorosa quanto mais evoluída estiver a gravidez. Certas técnicas, que queimam, por inteiro, o nascituro, fazem-no, quando retirado, assemelhar-se a seres atingidos por bombas de napalm. Outros são dilacerados de tal forma, como se uma máquina infernal tivesse retirado, sem anestesia, os membros e as partes do corpo de um homem ou de uma mulher, em tortura medieval.

Um eminente físico em São Paulo, professor universitário, certa vez declarou-se favorável ao aborto em tese, mas inaplicável na prática, na medida em que seria favorável a que todos os abortistas fossem abortados. Vale dizer, se possível devolvê-los ao ventre materno, que neles próprios se aplicassem a teoria que

propugnam para os indefesos fetos (15).

O direito à vida é o principal direito do ser humano. Cabe ao Estado preservá-lo, desde a sua concepção, e preservá-lo tanto mais, quanto mais insuficiente for o titular desse direito. Nenhum egoísmo ou interesse estatal pode superá-lo. Sempre que deixa de ser respeitado, a história tem demonstrado que a ordem jurídica que o avilta perde estabilidade futura e se deteriora rapidamente (16).

-----

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

(16) Ainda a história recente da Alemanha Nazista aponta para o caminho de curta duração dos ordenamentos leagis que violentam o direito à vida (Raymond Chartier, La seconde guerre mondiale, 2 volumes, Ed. Larousse).

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

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

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