

Tribunais

que pag 43

Direitos Humanos do nascituro

FELIX RUIZ ALONSO

O direito à vida do nascituro, desde o momento da sua concepção, é um direito humano fundamentalíssimo. Dito direito necessita de especial proteção.

Diz Justiniano: *infans conceptus pro iam nato habetur* — a criança uma vez concebida, considera-se já nascida. A partir desta afirmação — que equiparava o apenas concebido ao nascido —, o progenitor, na antiga Roma, podia testar em favor do nascituro; este seria livre ou escravo segundo o estado da mãe, quando o concebesse; etc. Reconheciam-se direitos ao feto.

Contrasta essa sensibilidade jurídica — embora primitiva — do Direito Romano, com o atual projeto de Constituição, em que não há nenhuma referência aos direitos dos nascituros, dos seres humanos apenas concebidos.

No título V do projeto da nova Constituição do Brasil, em que se trata da Ordem Social, figura um capítulo dedicado às Tutelas Especiais. Nele cuida-se da infância, da adolescência, dos deficientes, dos idosos etc...

Nenhuma referência há, no entanto, ao nascituro (embrião, feto). A ausência impressiona por duas razões principais: em primeiro lugar porque hoje campeia não apenas o aborto, mas a manipulação dos embriões humanos (fecundação *in vitro*, estocagem de embriões, mães de aluguel etc.) e, em segundo lugar, porque a questão tem uma profunda di-

mensão jurídico-moral, de incontáveis reflexos a nível humano e nacional.

Trata-se, portanto, não de uma lacuna constitucional — mas de uma omissão crassa. A ausência significa, na prática, deixar campo livre a todo tipo de experimentações e de arbitrariedades no trato dos embriões humanos.

A Constituição deve-se definir, de forma clara e insofismável, a favor da vida. Não proteger os embriões humanos, respeitando o seu natural "habitat", no útero materno, deixando que a sua evolução siga o seu próprio ritmo significa — diga-se sem subterfúgios — optar pela morte.

No terceiro Congresso Mundial de Embriologia e Fecundação *in vitro*, realizado em Helsinque, em 1984, os dados apresentados a respeito foram os seguintes: de 7.733 óvulos fecundados *in vitro* (quer dizer, em provetas, fora do organismo da mulher) e implantados, depois, em úteros de mulheres, apenas nasceram 590. O número, pois de embriões perdidos foi de 7.143. Quer dizer que, sem levar em consideração aquilo que aconteceu para conceber os 7.733 embriões, a percentagem de mortes foi de 92,67%.

O Direito tradicionalmente reconhece os direitos dos nascituros, na expectativa de nascer com vida. Neste sentido, o Código Civil diz que: "A Personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro" (art. 4º).

A visão do Código Civil é deveras

sugestiva, pois, se só a pessoa isto é, o nascido com vida — é sujeito de direitos, porque a Lei ressalva os direitos do nascituro, que nem nasceu, nem se sabe se nascerá com vida? O nascituro, ainda que no âmbito jurídico-positivo não se considere pessoa, é sujeito de direitos.

A rigor a personalidade humana não é apenas uma criação jurídico-positiva, senão que antes é uma realidade jurídico-natural (Limonge França, Rubens "Manual de Direito Civil", Vol. I, 3ª ed., São Paulo 1975, pág. 406).

Na esteira daquele dispositivo do Código Civil, a jurisprudência reconhece os direitos dos que nascerão com vida, desde o aumento da sua concepção. Assim, são correntes as decisões do seguinte ou parecido teor: "São devidos alimentos à filha, mencionada como nascitura no momento da propositura de ação (de alimentos), a teor do art. 4º do C.C. e registrada, posteriormente, pelo próprio pai" (RT 560/220).

Hoje, porém, as questões que se suscitam não são mais aquelas tradicionais. Não se trata: de investigar a paternidade, de questões hereditárias, de pensões ou de indenizações, remontando-se à época da concepção dos nati-vivos. Hoje, a questão em foco é o direito à vida dos nascituros. Trata-se de algo muito mais profundo e fundamental.

Obviamente, não tem sentido algum que o Direito zele pelo direito do nascituro, numa expectativa de vida, se ele não tiver direito à vida. Precisamente porque tem direito à vida, o

Direito zelou, desde antigamente pelos direitos do nascituro. Sem o direito de viver nenhum outro direito pode subsistir.

A nova problemática acerca dessa questão fundamental, como é a vida humana, reclama que o direito à vida dos nascituros seja tratado pela Constituinte.

Não basta, em nossos dias, a referência da Lei Civil, nem o aborto tipificado como delito na lei penal nem sequer o trato magistral que a jurisprudência dispensa ao nascituro, para salvaguardar os seus direitos à vida. Uma menção expressa do direito à vida dos nascituros, entre os direitos especiais a serem tutelados pela Constituição, se faz indispensável.

Neste sentido, convém recordar o que diz a respeito a "Declaração dos Direitos da Criança": "A criança (...) terá direito a crescer e a criar-se com saúde; para isto, tanto a criança como a mãe serão proporcionados cuidados e proteção especiais, inclusive adequados cuidados pré e pós-natais" (Princípio V da Declaração aprovada na ONU, em 1959 subscrita pelo Brasil).

Desse direito da criança salientam dois aspectos: os cuidados pré-natais — vale dizer, devidos aos nascituros, aos concebidos — e a sua finalidade. Quer dizer: se não se cuidar do feto é inútil falar em direito a crescer e criar-se com saúde, uma vez que o feto desprotegido poderá morrer antes de nascer através de qualquer manobra ou atentado, pela sua indefensão.

Aliás, todos os direitos humanos

perdem qualquer sentido se faltar a proteção inicial do ser humano, desde a sua concepção. Para que serve declarar que "todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa" (art. 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos), se antes de nascer pode ser exterminado? Ou para que serve proclamar que: "A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança" (art. 153 da Constituição do Brasil), se se puder atentar impunemente contra o embrião humano?

O Direito — em nossos dias — não pode mais aguardar passivamente que o feto nasça com vida para declará-lo pessoa. Urge retrotrair o início da personalidade, como sujeito pelo menos do direito à vida, ao momento da fecundação. Isto, aliás, já fora previsto, de alguma maneira, por Clovis Bevilacqua, no seu projeto de Código Civil, em que a personalidade se iniciava a partir da concepção sob a condição de nascer com vida.

Assim, ainda que não se inove quanto à conceituação legal da pessoa física, faz-se mister reconhecer o direito à vida do embrião humano: preciso é ir mais fundo em matéria de direitos dos nascituros.

A questão certamente envolve questões difíceis de antropologia — o que é o homem? quando se inicia? —, mas entre outras coisas certo é que toda e qualquer pessoa humana não sofre solução de continuidade desde

a fase embrionária até a morte. A pessoa é a mesma. Ela apenas percorre fases — embrião, feto, infância, pré-adolescência, puberdade, maturidade, velhice — que se sucedem. Os novos conhecimentos da biologia deram-nos a conhecer, agora de maneira definitiva, a identidade individual que permanece a mesma ao longo de toda a vida: desde a concepção até a morte.

Vale a pena, por oportuno, reproduzir as palavras que o Professor Lejeune, autoridade mundial em biologia genética, dirigiu à comissão especial do Parlamento dos EUA aos 23/04/81: "A vida poderá ter uma história muito longa, entretanto cada indivíduo tem um início bem determinado: o momento da concepção". Quando se fundem as células germinativas (óvulo e espermatozóide) "dispõe-se já de toda a informação genética necessária e suficiente para exprimir todas as qualidades inatas do indivíduo (...). Todos os dados que são necessários para a expedição de seu documento de identidade estão já dispostos (...). Aceitar que depois da fecundação começou a existir um novo ser humano, hoje, não é uma questão de gosto ou de opinião (...), não é uma hipótese metafísica, mas uma evidência experimental". Sirvam estas linhas para alertar os constituintes acerca desta questão — o direito à vida dos nascituros — que é não só fundamental, mas transcendental. Silenciá-la não é resolvê-la — ao contrário: equivaleria a um pacto tanatológico.

O autor é doutor em Direito pela Universidade de São Paulo

O STF na nova Constituição

CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENS

Muito se tem discutido nos meios jurídicos, principalmente, com a instalação da Assembléia Nacional Constituinte, sobre o papel a ser dado ao Supremo Tribunal Federal na nova Constituição.

Várias têm sido as sugestões apresentadas. A Comissão Arinos, encarregada pelo Executivo federal de elaborar um anteprojeto de Constituição, para servir de subsídio à Assembléia Nacional Constituinte, optou pela redução da competência do Pretório Excelso, através da atribuição de parte da competência da Corte Suprema a outro tribunal, a ser criado, que julgaria grande parte dos recursos com base na divergência jurisprudencial entre os Tribunais (art. 119, III, d, da atual CF).

Essa solução dada pela Comissão Arinos como forma de resolver a denominada "Crise do STF" não tem o respaldo da Corte Suprema que,

reiteradamente, a tem repellido, seja no magnífico diagnóstico elaborado pelos mns. Thompson Flores, Rodrigues de Alckmin e Xavier de Albuquerque, trabalho sem precedente na história judiciária brasileira, que serviu de base à Reforma Judiciária de 1977 e, ainda hoje, o mais completo estudo sobre o Judiciário Brasileiro, seja nas sugestões que aquela Corte enviou à mencionada Comissão de Estudos Constitucionais.

Argumenta a Suprema Corte, de maneira irreprensível, que a criação de um segundo tribunal, intermediário entre o STF — que ficava restrito praticamente às funções de uma Corte Constitucional — e os tribunais do País, em nada adiantaria para solucionar, de maneira satisfatória, a denominada crise do STF. Em primeiro lugar, restrito às funções de uma Corte Constitucional, o problema do excesso de feitos se transferiria para o novo tribunal que em pouco tempo se veria às voltas com milhares de recursos para julgar, sem condições

para fazê-los sem valer-se de fórmulas regimentais para exclusão de determinados recursos; em segundo lugar, basta ler, por exemplo, o relatório do STF relativo ao ano de 1986 para constatar que, dos 22.158 julgamentos proferidos pela Suprema Corte naquele ano, apenas 1,662% desse total corresponde a questões constitucionais, dado que desaconselha a transformação do Supremo Tribunal em uma Corte Constitucional, pois teríamos 11 ministros para julgar cem ou 200 processos por ano, o que é um absurdo. Ademais, com exceção das representações por inconstitucionalidade de lei em tese, as questões constitucionais jamais se apresentam isoladamente em recursos extraordinários, mas juntamente com outras concernentes à aplicação do direito federal, o que levaria a então Corte Constitucional a absorver, com o tempo, as funções do novo tribunal; por último, a criação desse tribunal intermediário significaria uma *capitis diminutio* para a Justiça

estadual, que teria as suas decisões apreciadas por um tribunal da União que não é o STF.

Em um regime federativo, os Estados têm os seus tribunais assim como a União, mas a federação só tem tribunal, que é o STF, com jurisdição em todo o território nacional e cúpula do Poder Judiciário Nacional. O alívio dos encargos da Suprema Corte não pode ser obtido à custa da autonomia da magistratura estadual.

Acrescentaria, ainda, a incerteza jurídica que implicaria a criação desse tribunal, pois o STF tem uma jurisprudência solidificada — seja matéria constitucional, seja nos mais variados ramos do direito — nos seus cerca de 97 anos de existência (só contando o período republicano), que ficaria totalmente ameaçada com a criação de outro tribunal, gerando uma ameaçadora incerteza jurídica que pairaria sobre o País durante vários anos.

É preciso que a Nação compreen-

da que a única solução satisfatória para o que se denominou crise do Supremo Tribunal é a transformação em discricionária da parcela crescente da jurisdição do Pretório Excelso em matéria de recurso extraordinário pela inobservância de lei federal ou divergência de sua interpretação por tribunais diferentes, para que somente questões federais relevantes sejam apreciadas pelo STF.

É inconcebível que, num país de dimensões continentais como é o caso do Brasil, tenha o STF o dever de corrigir cada erro de direito e solucionar cada litígio. Agora ser essa uma missão impossível, é ela inconciliável com o papel reservado à mais alta corte da Nação.

O jurista francês André Tunc, Professor da Universidade de Paris, nas suas conclusões a uma série de estudos relacionados com a competência das mais importantes Cortes Supremas do Ocidente, finaliza seu trabalho concluído pela necessidade de que se criem mecanismos para

que a própria Corte Suprema selecione os recursos que, pela sua repercussão na vida nacional, mereçam ser por ela, Corte Suprema, apreciados, sob pena destas cortes terem a sua alta missão inviabilizada pelo excesso de serviço (Tunc, André. La Cour Judiciaire Suprême - Une enquête comparative, in Revue Internationale de Droit Comparé, n° 1 - ano 1978 - pp. 443-4).

É de extrema importância para o Judiciário Brasileiro que o STF seja ouvido pelos constituintes a respeito não só da competência do STF na nova Constituição, mas, igualmente, acerca de toda a organização daquele poder na futura Carta Magna, pois não se pode compreender que se faça uma reforma judiciária sem que se considere o saber e a experiência dos juízes que compõem o mais alto tribunal da República onde se situa o cume do Poder Judiciário Nacional.

O autor é advogado em São Leopoldo, Rio Grande do Sul