

# O DEVIDO PROCESSO LEGAL E O ABORTAMENTO

*Jaques de Camargo Penteado<sup>1</sup>*

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

## 1. Introdução

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

---

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

de sua conduta, maravilhosamente corrigir-se, promovendo uma intensa batalha de renovação ambiental que, muitas vezes, chega ao excesso oposto, privilegiando-se a coisa em detrimento do próprio ser humano. Esse homem que, no final do milênio, mostra uma face tão voltada ao natural, parece esvanecer no artificial quando trata de si mesmo. Parece que o amor entre um homem e uma mulher, manifestação clara da espiritualidade que os diferencia dos animais, foi substituído pelo instinto selvagem de posse e subjugação que, banhado nas águas dos agentes químicos e mecânicos que tornam a sexualidade brutal, transformaram a mais natural das uniões – cuja perfeição desemboca no matrimônio – na fornicção de dois que querem tudo sem doação pessoal mínima.

Nessa aventura, homem e mulher parecem esquecer que da sua união física é natural a geração de filhos e, como as leis da vida são inexoráveis, adotam a cultura da morte e tentam cobri-la com o véu da semântica para não chamar assassinato a destruição de inocentes. Fica bastante claro que, não podendo argumentar contra o progresso da ciência que provou que a vida humana começa com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, envereda-se pelo caminho largo do erro injustificável, mascarando-se o homicídio dos indefesos com a pregação da saúde unilateral da mulher, direito ao próprio corpo, inviabilidade fetal e outros títulos. Sabendo que a violência dirigida a crianças é uma violência inominável, alguns tentam minimizar a reprovabilidade de seu comportamento a partir da artificial atribuição de vocábulos a essências que não perdem a sua natureza somente porque mitificados alguns de seus acidentes. Matar alguém continua sendo matar alguém e o próprio vernáculo é sacrificado.

Argumentava-se que admitir o abortamento implicava a adoção de duas teses decisivas. A primeira concernia à afirmação de que a criança concebida não é ser humano. A segunda gerava a idéia de que os pais têm direito de vida e morte sobre os próprios filhos.

Hoje, aqueles que pregam a legalidade do pedido de alvará para a prática de abortamento, devem percorrer quatro passos: a criança concebida não é ser humano; os pais, conjunta ou isoladamente, têm direito de matá-la; o poder legislativo não previu uma norma para disciplinar pedidos dessa natureza, mas o poder judiciário – violando o princípio da separação de poderes – tem legitimidade para criar um procedimento legal para autorizar alguém a matar outrem; e, finalmente, esse mesmo poder judiciário que está subtraindo poder legislativo, pode desrespeitar a Constituição Federal, estabelecendo um procedimento para matar alguém sem que o maior interessado – aquele que os pais querem matar – tenha direito ao devido processo legal.

Por isso, é necessário que se enfatize a doutrina científica que fixa o início da vida humana, a sua proteção internacional, constitucional e ordinária, a noção de procedimento e a sua disciplina legal, as conseqüências jurídicas do princípio do devido processo legal e o direito da pessoa concebida à proteção jurídica integral.

## 2. A formação da vida humana

“Sabemos com certeza absoluta que a ontogenia humana – o surgimento de um novo ser humano – está contida nos gametas masculino (espermatozoides) e feminino (óvulo) e se produz pela fusão dos gametas – isto é, pela fecundação do óvulo pelo espermatozóide –, constituindo-se assim um novo núcleo, o zigoto, com um código genético nitidamente distinto do dos gametas cuja fusão foi a causa da sua origem”.

Prosseguindo, a “fecundação do óvulo pelo espermatozóide ocorre nas trompas de Falópio de doze a vinte e quatro horas depois

da ovulação. O zigoto avança para o útero, ao mesmo tempo em que se iniciam no seu interior as primeiras divisões celulares. Por volta do sexto dia após a ovulação, o zigoto implanta-se na mucosa do útero ou endométrio, passando a denominar-se blastócito”.

Acrescenta-se que, é “importante frisar que a imensa maioria dos cientistas afirma que, depois da fusão dos gametas ou momento constitucional do zigoto – o instante da fertilização do óvulo –, não há nenhuma fase ou etapa em que o embrião receba uma nova e essencial contribuição ontogênica, isto é, uma nova contribuição para ser o que é. A partir da fecundação, estamos na presença de um novo *ser humano existente*”.

Concluindo, as “etapas seguintes que esse embrião percorre são simples fases de auto crescimento, de desenvolvimento intrínseco da sua unidade original. Desde a constituição do zigoto até o nascimento da criança, essas fases são da mesma natureza das que ocorrem com os velhos, que antes foi adulto, e antes ainda adolescente, criança e recém-nascido. Em todas essas fases, dentro do útero ou fora dele, o ser humano não precisa de nenhuma outra contribuição vital exceto a nutrição, o oxigênio e o tempo”.<sup>2</sup>

Essa vida humana é tão plena que, contando com moderna aparelhagem, o obstetra “consegue enxergar, com cores e imagens tridimensionais, até o movimento ocular do futuro bebê. Com tantas informações novas, descobriu-se que ele reage aos estímulos hormonais a partir do segundo mês de gestação. Há quem vá ainda mais longe. O médico Eliezer Berenstein, do Hospital Albert Einstein, em São Paulo, acha que existe memória desde a concepção. ‘Mesmo antes que haja neurônios, as células devem ter alguma maneira de registrar quimicamente o que lhes aconteceu’, acredita ele. ‘Assim, ajudariam o embrião a não repetir experiências ruins’.

---

2 - Pedro-Juan Viladrich, *Aborto e Sociedade Permissiva*, 2ª ed., São Paulo, Quadrante, 1995, pág. 24.

Tão independente que capta sons. “A voz que predomina é a da sua mãe, porque alcança seus ouvidos por dois caminhos diferentes: vinda de fora, propagada pelo ar, e transmitida pelo corpo, direto das cordas vocais dela até você. ‘Para a criança, essas coisas não são simples estímulos’, diz a psicóloga Vera Iaconeli, professora da Universidade Paulista (Unip) e especializada em psiquismo fetal. ‘Aquilo é a vida, é tudo’. Por isso, se a gestação for desagradável, a criança já vai sair do quarto escuro com uma impressão ruim da própria existência. Segundo estudos recentes, filhos indesejados pela mãe têm maior chance de nascer esquizofrênicos ou autistas. As duas doenças têm em comum o fato de se caracterizarem pela fuga do mundo real. São uma forma de se proteger da hostilidade dos outros”.<sup>3</sup> Vida tão maravilhosa, plena, interessada e humana, que aprende.

“Va dicho, pues, que no reservo la titularidad de esse bien sólo a los nacidos. Queda introducida así la *vexata questio* sobre el comienzo de la vida humana, tema respecto dell cual la biología há dado hoy una respuesta categórica y definitiva. Para esa ciencia, es verdad inconclusa que la vida de un hombre comienza en el momento que la célula femenina – óvulo – es fecundada por la masculina – espermatozoide -. En esse preciso momento nace a la vida un nuevo ser”.

Invocando a mais rigorosa doutrina científica, prossegue: “El aceptar el hecho de que una vez producida la fertilización há surgido un nuevo ser humano, ya no constituye una cuestión de gustos u opiniones. La naturaleza humana del ser humano, desde la concepción a la vejez, no es una hipótesis metafísica, sino una

---

3 - Denis Russo Burgierman, *O Feto Aprende*, Revista Superinteressante, Editora Abril, ano 12, nº 7, julho/1998, págs. 32 e 33.

evidencia experimental”. Son palabras de Jerome Leujene, profesor de Genética fundamental en la Universidad de París, investigador y académico de renombre mundial, pronunciadas ante los miembros del Senado de los EEUU, siendo sus conceptos rubricados en esa misma oportunidad por los profesores Hymie Gordon, presidente del Departamento de Genética Médica de la Clínica Mayo, Rochester, y por el Dr. Micheline M. Mathews-Row, principal asociado de investigación en la Escuela Médica de la Universidad de Harvard”.

E, para não deixar cousa alguma sem esclarecer, acrescentou Leujene: “No es la vida que comienza en la concepción, es *la vida del nuevo ser*. O sea que cada individuo en la cadena de la generación tiene un comienzo muy preciso... En el caso de este individuo determinado, que más tarde reconoceremos, estamos seguros de que su propia vida há comenzado cuando há sido concebido, y *no hay escapatoria científica alguna al respecto*”.

Trata-se da posição que conta com o prestígio de Jean Rostand, Prêmio Nobel de Biología que, citado por Alejandro R. Caride, nas Oitavas Jornadas de Direito Penal, afirmou: “Existe un ser humano desde la fecundación del óvulo. El hombre, todo entero, ya está en el óvulo fecundado. Está todo entero, com todas sus potencialidades... Por lo tanto – continúa – *todo aborto es, sin duda, un pequeño asesinato*”.

Aclarando, tão “patente es para la biología que el momento de la concepción señala el comienzo de una vida, que el eminente ginecólogo español José Botella Llusía se atrevió a decir que es más difícil disculpar un aborto para un biólogo que para un teólogo”.<sup>4</sup>

---

4 - Lucas J. Lennon, La Protección Penal de la Persona por Nacer, in *El Derecho a Nacer*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, pág. 57.

### 3. A proteção jurídica da vida humana

A vida é essencial ao gozo dos direitos e, portanto, a ciência jurídica cuida de sua proteção integral. No âmbito interno, o Estado brasileiro insere a proteção plena da vida humana em sua Constituição Federal, dispondo que “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 igualdade, à segurança e à propriedade” (art. 5º, *caput*).

Esse dispositivo é interpretado no sentido de que o direito à vida é garantia fundamental inserida na Carta Magna. “O texto atual não oferta equívocos. O próprio ‘direito à vida’ é que está assegurado, de tal maneira que os chamados abortos legais deixaram de ser legais por serem ‘inconstitucionais’, visto que implicam ‘pena de morte’ para um ser humano, e o direito à vida de todos os seres humanos está garantido pela Constituição”.<sup>5</sup>

É interessante notar que essa lição está em harmonia com o moderno conceito civil de pessoa que, “filosoficamente, sem que nos seja necessário o apoio de toda uma corrente respeitabilíssima do pensamento humano (aristotélico-tomista), o nascituro é pessoa porque já traz em si o germe de todas as características do ser racional. A sua imaturidade não é essencialmente diversa da dos recém-nascidos, que nada sabem da vida e também não são capazes de se conduzir. O embrião está para a criança como a criança está para o adulto. Pertencem aos vários estágios do desenvolvimento de um mesmo e único ser: o homem, a pessoa”.

Arrematando, “juridicamente, entram em perplexidade total aqueles que tentam afirmar a impossibilidade de atribuir capacidade ao nascituro ‘por este não ser pessoa’. A legislação de todos os povos

---

5 - Ives Gandra da Silva Martins, *Pena de morte para o nascituro*, O Estado de São Paulo, 19.9.1997, pág. A2.

civilizados é a primeira a desmenti-lo. Não há nação que se preze (até a China) onde não se reconheça a necessidade de proteger os direitos do nascituro (Código chinês, art. 7º). Ora, quem diz direitos afirma capacidade. Quem afirma capacidade reconhece personalidade. Como veremos a seguir, entre nós, o nascituro é também capaz de direitos e de obrigações”.<sup>6</sup>

Doutrina essa que culminou com a sua consagração no âmbito internacional, tanto que o Pacto de São José da Costa Rica dispõe que “pessoa é todo ser humano”, sem distinção de vida *intra* ou *extra* uterina (art. 1º, nº 2). Além disso, vigora no âmbito interno, posto que adotado pelo Brasil, tanto que já se reflete na jurisprudência nacional.<sup>7</sup>

Independentemente dessas considerações, o Código Penal Brasileiro vigente, na sua parte especial, abre um título para a proteção da pessoa, fixando um capítulo para cuidar dos “crimes contra a vida” e, nos arts. 124 e seguintes, logo depois de disciplinar o infanticídio, trata da punição do crime de aborto que, presentes determinadas situações concretas que afastem a culpabilidade

6 - R. Limongi França, *Instituições de Direito Civil*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, pág. 50.

7 - “Em boa hora se vem invocando nos Pretórios o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), que se fez *direito interno brasileiro*, e que, pois, já não configura, entre nós, simples meta ou ideal de *lege ferenda*. É mesmo reclamável seu cumprimento integral, porque essa Convenção foi acolhida sem reservas pelo Estado brasileiro. Parece que ainda não se compreendeu inteiramente o vultoso significado da adoção do Pacto entre nós: bastaria lembrar, a propósito, pela vistosidade de suas conseqüências, que seu art. 2º modificou até mesmo conceito de pessoa anteriormente versado no art. 4º do Código Civil, já que, atualmente, pessoa, para o direito posto brasileiro, é *todo ser humano, sem distinção de sua vida extra ou intra-uterina*. Projetos, pois, destinados a viabilizar a prática de aborto direto ou a excluir antijuridicidade para a prática de certos abortamentos voluntários conflitam com a referida Convenção” (*Habeas Corpus* nº 323.998/6, Tacrim-SP, 11ª Câmara, v. un., Rel. Ricardo Dip, j. 29.6.1998).

(capacidade de ser autor, consciência potencial da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa), pode deixar de ser punido, permanecendo sempre como infração penal.

Atualmente, registra-se mais uma tentativa de reforma do referido Código Penal que, na realidade, sequer recebeu do Poder Executivo os recursos necessários para a sua realização prática em relação a certas medidas previstas desde a década de 40 e, pior, ficou relegado ao mais completo obliúvio quanto às imprescindíveis necessidades materiais para a implementação da reforma de sua parte geral em 1984. Trata-se de mais uma reforma parcial que, em face do panorama legislativo vivido nestes tempos, parece inoportuna, máxime diante da manifesta incapacidade para pesquisa, execução e discussão científica de um Código globalmente considerado. Todavia, o projeto submetido a curto período de exame pela comunidade científica, apresenta um impressionante afastamento do sistema punitivo vigente.

Apenas para ilustração, deve ser considerado que a recente Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, tratando dos crimes contra a fauna e a flora, dispõe que transportar *ovos*, larvas ou espécies da *fauna silvestre*, provenientes de criadouro não autorizado ou sem autorização, implica sanção penal de 6 meses a 1 ano de detenção e multa. Essa pena é dobrada se a espécie referida estiver em perigo de extinção. Triplica se a conduta for praticada no período de proibição à caça (art. 29, inc. III). Esta norma dispõe, ainda, que maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia, gera a pena de 3 meses a 1 ano de detenção, ou multa, ou ambas cumulativamente. Se o crime for culposo a sanção será de 1 a 6 meses de detenção. Pois bem. O projeto de reforma enunciado fixa a pena de 1 a 9 meses de detenção para a prática de aborto pela

gestante! Portanto, para o reformista, vale mais o ovo de uma tartaruga do que uma criança concebida...

Seria paradoxal uma justiça penal que mantivesse encarcerado, máxime em presídios deploráveis, um cidadão primário, trabalhador e com residência fixa, porque matou uma capivara e, por outro lado, autorizasse a morte de uma criança concebida, sem defesa alguma, principalmente quando enferma. Estar-se-ia confirmando a tese de que o homem está privilegiando o animal em detrimento da pessoa humana.

#### 4. Breve noção de processo e procedimento

A civilização impede a feitura de justiça pelas próprias mãos. Percebeu-se que a vingança privada promovia excessos incompatíveis com um mínimo de paz social necessária ao desenvolvimento de cada um segundo as suas possibilidades. O Estado substituiu-se aos particulares na atribuição do devido a cada qual e a sua atividade jurisdicional é exercida segundo modelos jurídicos depurados ao longo dos tempos. Desenvolve-se no que se convencionou denominar processo que, exprimindo a idéia de "seguir adiante", "é indispensável à função jurisdicional exercida com vistas ao objetivo de eliminar conflitos e fazer justiça mediante a atuação concreta da lei. É, por definição, o instrumento através do qual a jurisdição opera (instrumento para a positivação do poder)".<sup>8</sup>

A manifestação externa do processo é chamada procedimento que, na realidade, é o aspecto formal daquele. A "diferença entre o procedimento e as demais formas de *fattispecie* complexa resulta na diversidade de ligação existente entre os atos que o compõem. Só no

8 - Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, pág. 279.

procedimento o vínculo necessário entre os seus diversos atos impõe que cada um seja conseqüência do precedente e pressuposto e condição necessária do sucessivo. Ou, como diz Gianzi, "a *fattispecie* procedimento é caracterizada, em relação às outras, pela particular coordenação dos atos e mais precisamente pela existente de determinados vínculos aos quais está subordinado o desenvolvimento da série". São portanto elementos fundamentais para a caracterização do procedimento; 1. a idéia de que todos os atos contribuem para o efeito substancial derivado do ato final, e 2. a coordenação e vinculação entre os atos que o compõem".<sup>9</sup>

A índole do processo determina o tipo de procedimento. São diversos os procedimentos para a solução de uma cobrança de dívida e apuração da responsabilidade de uma pessoa acusada da prática de um assassinato. Mesmo na esfera penal são diferentes os procedimentos para tratar da imputação de um crime falimentar e de um crime contra a honra. Assim, é doutrina comum a assertiva de que a relação de direito material influi decisivamente na escolha legal do procedimento respectivo. Todavia, os procedimentos têm em comum aquela idéia de que todos os seus atos contribuem para a concreção do ato final, vinculam-se entre si e devem expressar a harmonia de uma atividade científica que, face a um pedido, enseje a reação necessária, culminando com a declaração judicial da vontade da lei para a hipótese em discussão. Com isto, os procedimentos devem emanar da lei e obedecer a critérios determinados. Evidente que, inexistindo direito de furtar, não se pode criar um procedimento para obter um alvará para a prática de furto. Além disso - se ignorando a norma - alguma autoridade emitisse um alvará para furtar, o autor do furto continuaria sendo ladrão, dever-se-ia cogitar da co-responsabilidade do emissor do alvará e o furto

9 - Antonio Scarance Fernandes, *Incidente Processual*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, pág. 85.

continuará sendo um crime. Nem um alvará e nem a categoria da autoridade – meros acidentes – alterariam a natureza ilícita do furto.

“A todo o direito corresponde uma ação que o assegura” (art. 75, Código Civil), isto é, se “houver ameaça ou violação, por ato omissivo ou comissivo, a um direito subjetivo, este será protegido por ação judicial (CF/88, ART. 5º, XXXV), por meio da qual o seu titular poderá pleitear do Estado uma prestação jurisdicional para assegurá-lo. Não haverá, então, direito sem que haja uma ação que o proteja”.<sup>10</sup> A falta de previsão legal acerca de procedimento para obtenção de alvará para matar a criança concebida – evidente que não lesa ou ameaça de lesão quem quer que seja – é, para dizer o menos, uma pista a embasar a conclusão de que inexistente o direito de matar.

Tanto assim é que inúmeros escritores sustentam que não há supedâneo algum para as chamadas autorizações para a prática de aborto. Se é insustentável o procedimento dessa natureza para as hipóteses de aborto “necessário” e “sentimental”, evidentemente não há justificativa para a expedição de alvará judicial autorizando o perpetramento do aborto eugenésico.

Assim é que o recente Código Penal Comentado expressa que “a lei não exige autorização judicial para a prática do aborto sentimental, ficando a intervenção ao inteiro arbítrio do médico (Custódio da Silveira, *Direito Penal*, 1973, p. 129; Leite Fernandes, *Aborto e Infanticídio*, 1972, pp. 87-90; Julio Mirabete, *Manual*, 1986, v. II, p. 81; A. Mayrink da Costa, *Direito Penal*, 1994, v. II, t. I, p. 194)”.<sup>11</sup> Até os partidários da juridicidade do abortamento sentimental rejeitam a tese da necessidade de autorização para matar

10 - Maria Helena Diniz, *Código Civil Anotado*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, pág. 97.

11 - Celso Delmanto, Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Junior, *Código Penal Comentado*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1998, pág. 236.

a criança concebida.<sup>12</sup> Chega-se a sustentar que a “preocupação com a chancela de legitimidade a um ato de tamanha repercussão é procedente e só louva aqueles que a buscam. Mas devem-se levar em conta, também, as implicações jurídico-penais desta autorização, concedida em caso em que a gestante ou seus representantes legais tenham agido de má fé, enganando tanto ao médico como ao juiz. Haveria, no caso, um aborto criminoso, ao qual foi dada autorização judicial”.<sup>13</sup>

Com a competência costumeira, Walter Moraes, um brilhante jurista, magistrado exemplar e humanista invejável, concluiu que por “esta mesma razão, quando pessoa interessada em provocar aborto, requer a um juiz que lho autorize, que ‘sacramente’ o seu comportamento, - ao magistrado não lhe resta senão indeferir *in*

12 - Wanderley José Federighi, *Aborto humanitário e autorização judicial*, O Estado de São Paulo, 30.3.1986; Sílvia Pimentel, *Execução de aborto legal não precisa de autorização*, Folha de São Paulo, 19.4.1997, pág. 3.

13 - Wanderley José Federighi, *op. et loc. cit.* A questão é bastante atual, pois a Revista Veja (1.513/33) noticiou a realização de um aborto com autorização judicial porque a criança seria portadora da síndrome de Turner. A Doutora Ieda T. N. Verreschi, Professora de Endocrinologia da Universidade Federal de São Paulo – Escola Paulista de Medicina, explicou que “Pensando na centena de adoráveis meninas e senhoras que conheço e são portadoras desta síndrome é que gostaria de convidar os autores da matéria sobre aborto para uma reflexão sobre o tema que apresentaram com tanto profissionalismo. O presente esclarecimento visa primeiramente alertar as leitoras com síndrome de Turner e seus familiares que nada lhes impede o direito a uma vida digna, saudável e produtiva. Aos demais leitores, vale lembrar que entre as portadoras da síndrome estão algumas médicas, muitas professoras, enfim muitas profissionais competentes; além de muitas esposas dedicadas e filhas amorosas” (carta de 14.9.1997). Até porque testar “genes e abortar fetos com traços indesejáveis traz de volta a discussão sobre eugenia. Na definição de dicionário: ‘ciência que estuda as condições mais propícias à reprodução e melhoramento da raça humana’, termo que, desde os nazistas, costuma ser associado a preconceito brutal” (Folha de São Paulo, *A filosofia do “defeito grave”*, 1.12.1996, pág. 5).

limine o pedido, por impossibilidade jurídica. Aliás, impossibilidade processual e material. E isto, além do indeferimento por faltar-lhe legítimo interesse: o abortamento, sendo delituoso ou ilícito, carece de amparo legal o correspondente interesse”.<sup>14</sup> Mais recentemente, outro jurista brilhante, exemplar juiz e também invejável humanista, Ricardo Henry Marques Dip, reafirmou que:

“Em artigo veiculado pelo jornal do Conselho Federal de Medicina (julho de 1993), Antônio Jajáh, então conselheiro da entidade, referindo-se a um caso concreto de concessão de alvará para o aborto eugenésico, afirmou, com todas as letras, que o fato revelava ‘a ação de uma quadrilha constituída por Juiz de Direito, médicos e Promotor Público (...) Uma verdadeira quadrilha instalando um novo sistema de Justiça: a lei não vale, é antiga! O que vale é o que pensam alguns que estão em postos-chave – é o moderno’ (p. 12). À parte o forte da expressão verbal desse médico – em todo caso, há uma ira que é sagrada -, o fato é que, a seu modo, ele aponta quer (i) um factual confinamento da instância quanto a essas autorizações para o aborto, contra cujo deferimento ninguém recorre (embora o resultado final seja um feticídio), quer (ii) a circunstância de que se está, de maneira apropositada, a autorizar a violação da lei penal. Fica-se, porém, a imaginar admitida a prática dessas autorizações, se não se estará afirmando, de caminho, equivalente possibilidade de autorização de não importa quais crimes. Hoje, o do aborto; amanhã, o da eutanásia; no futuro, o furto, o do roubo, o das violações etc.”.<sup>15</sup>

14 - Walter Moraes, *O Problema da Autorização Judicial para o Aborto*, RJTJESP 99/27.

15 - Ricardo Henry Marques Dip, *Uma questão biojurídica atual: a autorização judicial de aborto eugenésico – Alvará para Matar*, RT 734/538.

Trata-se de tese que encontra suporte no direito comparado. “Puede un juez autorizar un aborto terapéutico, eugenésico o sentimental? No creemos que esta posibilidad se encuentre prevista en la ley en forma alguna. El Código solo prevé casos de desincriminación del aborto; primero debe darse una de esas circunstancias para que el juez pueda determinar si no há habido delito, pero en caso alguno se puede solicitar una autorización, *a priori*, para poder quedar encuadrado en la excepción legal”.<sup>16</sup>

Essa doutrina é acolhida por inúmeros julgadores que, nada obstante a importância de suas lúcidas decisões, não recebem a divulgação sequer aproximada das notícias referentes aos julgados que autorizam a morte de inocentes.<sup>17</sup> Apenas para ilustrar, recente sentença concluiu que “observa-se, assim, que a mãe, tem consciência da máxima: todas as maternidades são sagradas – todas as vidas são invioláveis. Disso decorre que os Reptes., se unidos – pois a lembrança do homicídio que perpetraram em breve os separará. A vida deficiente necessita de proteção, e jamais agressão. E se é bárbaro matar um ser humano inocente e saudável, diminuirá a barbárie o fato de ser doente e mal formado? Ao derradeiro, não se esquecerá que a lei protege, desde a concepção, os direitos do nascituro: aqui, o maior deles, a vida, é de ser resguardado. Pensa, pois, o modesto prolator, que não há como evitar, agora, com uma

16 - Humberto Quiroga Lavié, *Los Derechos Humanos y sua Defensa ante La Justicia*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1995, pág. 41.

17 - “Quando a história de M., a garota de 11 anos que havia engravidado como consequência de estupro, apareceu nos jornais com a possibilidade de que ela fizesse um aborto, o estardalhaço foi grande. Há um mês, nasceu Luciano, e a imprensa publicou apenas pequenas notas ou matérias que não ocupam nem de longe o mesmo espaço que era dedicado a M. quando havia a possibilidade do aborto. Mas não é de hoje que estes fatos acabam silenciados pela mídia” (Marcio Antonio Campos, *Uma vitória da vida*, Interprensa, ano II, número 15, julho de 1998, pág. 1).



crueidade maior, uma outra já existente, realizada pela natureza, violentando-se de resto o espírito e a finalidade da Medicina – e, por via de consequência, o Direito e a Justiça. Com essas considerações, que hei por bastantes e suficientes, denego a autorização”.<sup>18</sup>

Ainda mais atual a seguinte ementa:

“Aborto eugenésico é crime e é punível – Inadmissível alvará para matar a pessoa do feto, que não obstante a grave deficiência (má formação: anencefalia), vive no útero materno – Para o ordenamento jurídico brasileiro que reconhece o biodireito e tutela a inviolabilidade da vida humana (art. 5º, caput, da Constituição da República), com primazia (primeiro bem jurídico garantido) e de modo incondicional (sem distinção entre vida sadia ou vida doente, vida nova ou vida velha, vida intra ou extra uterina etc), a coerência lógica e axiológica impõe duas conclusões: a) não há necrodireito fetal; b) é antijurídica toda conduta direcionada à eliminação da vida humana inocente – Não é humanitária a orientação hedonista que prega a morte por não suportar a dor, pois a vida humana não é só prazer e os pais devem amar o filho também nas difíceis ocasiões de sofrer – Indeferimento do pedido”.<sup>19</sup>

Portanto, não há o direito de matar a criança concebida, inexistente procedimento legal previsto para obtenção do direito de matar, a falta de previsão legal é indicativa da ausência do direito de matar alguém no útero materno, doutrina preciosa demonstra cabalmente a inviabilidade jurídica do pedido de autorização judicial

18 - Luiz Beethoven Giffoni Ferreira, 2ª Vara Cível da Comarca de Jundiá, Proc. nº 502/96, j. em 21.6.1996.

19 - Vicente de Abreu Amadei, 1ª Vara Criminal da Comarca de Osasco, Proc. nº 1.420/97, j. em 29.10.1997.

para a prática de abortamento e inúmeros julgamentos indeferem este tipo de pretensão por falta de amparo legal.

Finalmente, não é tarefa judicial a criação de procedimento que o legislador considerou incabível e, apenas para argumentação final, ainda que viável transformar o juiz em parlamentar, o mesmo não poderia, sob pena de violar a Carta Magna, fixar um procedimento que afrontasse o devido processo legal.

## 5. O devido processo legal

Enfrentando a questão da atribuição estatal do devido a cada um, é pacífico que não basta um processo qualquer, mas o processo adequado, e, não serve qualquer juiz, mas o juiz certo. Deve ser enfatizado que a preservação da pessoa humana frente ao Estado haveria de mostrar que o sistema inquisitório não protegia os direitos individuais porque não bastava que um terceiro julgasse a causa quando este mesmo terceiro funcionava como autor, pois não era imparcial. Além disto, não bastava qualquer processo, mas era necessário aquele em que fossem preservados os naturais interesses do autor e do réu, propiciando a prolação de sentença justa. Vislumbrava-se que a jurisdição era independente da administração e, ambas, distintas da legislação.

Estava superada a fase de autotutela, havia noção de superar as rudimentares formas de aplicação do direito e reconhecimento de que os sujeitos do processo eram vitais ao encaminhamento do justo. A distribuição de justiça passava a ser encarada como poder do estado. “En una sociedad que haya llegado a un grado avanzado de civilización, quien estima lesionado su derecho no puede defenderlo com sus propias fuerzas, no puede hacerse justicia por sí mismo; sino que debe acudir a la autoridad judicial, a la fuerza pública y a

sus órganos, para obtener el mantenimiento del estado actual de las cosas o la reparación del perjuicio irrogado. La razón de esta regla general está en la necesidad del orden público, que, ciertamente, se perturbaría si se admitiera que cada cual pudiese hacer valer por sí mismo sus propios derechos. Y tanto más cuanto que, como nadie puede ser juez del próprio derecho, ocurriría en consecuencia que todos defenderían lo que creyeran ser su derecho, aunque no lo fuese; tendríamos, por consiguiente, un *bellum omnium contra omnes* (guerra de todos contra todos), que es la peor condición social”.<sup>20</sup>

Como o detentor do poder não podia exercer a jurisdição diretamente, delegara as funções a terceiros que, no desempenho da missão, criavam órgãos que praticamente destacavam-se do poder central. Os jurisdicionados passariam a detectar a possibilidade de oposição à tentativa de subtração da causa ao julgador certo que, comumente, resolvia os litígios ocorridos na localidade. A experiência adquirida orientava que havia uma certa forma de melhor distribuir a justiça. No plano material buscavam-se meios para impedir taxações abusivas.

Na Inglaterra, por exemplo, buscava-se um momento propício para oposição ao poder real. Em 1189 sobe ao trono Ricardo, denominado Coração de Leão, que partiu para as Cruzadas e, preso pelo Duque da Áustria, foi remetido ao Imperador da Alemanha que exigiu elevada soma para o libertar. Esta foi paga, segundo o costume, pelos barões. “Alguns anos mais tarde morreu Ricardo, Coração de Leão; seu irmão e sucessor João Sem Terra tinha todos os defeitos de Ricardo, e principalmente o de ininterruptamente solicitar dinheiro aos barões, sem ter o prestígio e os dons que haviam tornado seu antecessor popular. Em seguida a várias

---

20 - Vittorio Scialoja, *Procedimiento Civil Romano*, Buenos Aires, 1954, pág. 73, tradução de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin.

peripécias é depois que João Sem Terra foi batido pelo rei da França e excomungado pelo Papa, os barões ingleses insurgiram-se e o fizeram prisioneiro. Obrigaram-no então a jurar a observância de um pacto que estabelecia os direitos e os deveres recíprocos do rei e de seus vassallos. Este pacto foi a *Magna Charta*, elaborada em 1215”.<sup>21</sup>

Corporificou uma das mais célebres garantias individuais que, desenvolvida e aperfeiçoada, consagraria o devido processo legal<sup>22</sup> e o juiz natural<sup>23</sup>, ao enunciar que “nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, privado dos seus direitos ou seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou reduzido em seu status de qualquer forma, nem procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento legal pelos pares ou pelo costume da terra” (art. 39).

Lançava o fundamento da garantia constitucional do devido processo legal que reclama, “para sua efetivação, como visto, que o procedimento em que este se materializa observe, rigorosamente, todas as formalidades em lei prescritas, para o perfeito atingimento

---

21 - G. Mosca e G. Bouthoul, *História das Doutrinas Políticas*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Zahar, 1968, pág. 157.

22 - Paulo Fernando Silveira, *Devido Processo Legal*, Belo Horizonte, Del Rey, 1996, pág. 18.

23 - “Para Bluntschli, a origem do princípio está na regra do Direito medieval, de que ninguém podia ser julgado a não ser por seus pares. Chacun doi être jugé par ses pers - como se lia no *Établissement et coutume de Normandie*, de Marnier. Era a célebre regra da *Magna Charta Libertatum*, de que nenhum homem livre pode ser preso ou encarcerado, despojado de seus bens, proscrito ou desterrado ou de qualquer forma destruído (*aut aliquo modo destruat*), a não ser *per legale iudicium parium suorum* (*by the lawful judgement of his peers*), disserta José Frederico Marques, *Tratado de Direito Processual Penal*, São Paulo, Saraiva, 1980, vol. 1º, pág. 242.

de sua finalidade resolutoria de conflito de interesses socialmente relevantes, quais sejam o punitivo e o de liberdade".<sup>24</sup>

Estavam delineadas as grandes linhas que permitiriam atingir a evolução processual penal em que estariam separadas as funções de acusar, defender e julgar; fixados requisitos mínimos para que o processo assegure "efetivamente à parte a defesa de seus direitos, a sustentação de suas razões, a produção de suas provas"<sup>25</sup> e assegurado o julgamento perante órgão imparcial competente.

## 6. Síntese da evolução histórica do devido processo legal

"Apesar do trabalho de redimensionamento dos estudiosos contemporâneos, o art. 39 da Magna Carta constitui, sem dúvida, o antecedente direito da cláusula *due process of law* da Constituição norte-americana. A expressão *due process of law*, em substituição à *law of the land*, é usada pela primeira vez por Eduardo III, no estatuto de 1354: "None shall be condemned without trial. Also, that no Man, of what State or Condition that he be, shall be put out of the Land or Tenement, nor taken or imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought to Answer by Due process of law".<sup>26</sup>

Historicamente, este "direito de resistência ou, mais exatamente, de rebelião, que o rei aceitava doravante, correspondia à faculdade que os senhores locais se reservavam muitas vezes de

---

24 - Rogério Lauria Tucci, *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1993, pág. 92.

25 - Ada Pellegrini Grinover, *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*, São Paulo, Saraiva, 1973, pág. 15.

26 - Ada Pellegrini Grinover, *op. cit.*, pág. 25.

combater, em certos casos, contra o chefe da sua confederação. Era a consequência mesma da organização feudal, na qual cada barão possuía meios materiais para resistir ao soberano. Era ainda evidente que as forças de vários barões reunidos eram superiores às do próprio rei. Não se pode afirmar que os primeiros sucessores de João Sem Terra hajam, todos eles, observado escrupulosamente a *Magna Charta*. Os reis fracos eram obrigados a fazê-lo, mas os poderosos e os astutos chegavam a fazer partidários entre os barões mais fortes, e na realidade as violações ocorreram com frequência. A *Magna Charta* começou bem cedo a evoluir. Em 1254, como os pequenos senhores que dependiam diretamente do rei, ou sejam, os simples cavaleiros, não interviessem no *commune concilium regni* - que em seguida foi chamado de Parlamento, decidiu-se que os cavaleiros de cada divisão territorial se encarregariam de nomear dois dos seus pares para representar a todos".<sup>27</sup>

Seguindo a clássica obra "As Garantias Constitucionais do Direito de Ação", tem-se que as expressões *law of the land* e *due process of law* são empregadas como sinônimas, vigora por três séculos a interpretação da cláusula como direito a um *orderly proceedings*, iniciando-se estudo de Coke, no século XVII, que evoluirá para a tutela da *common law*, já com Blackstone. Aquele sustentou a supremacia da Magna Carta sobre os poderes do Estado, limitando os poderes do soberano, fixando a garantia de um processo "legal".

Blackstone, no século seguinte, retomaria a ligação entre a cláusula e a *common law*. Aquela estava ampliada por documentos como o *Habeas Corpus Act* (1679), o *Bill of Rights* dos Oranges (1689) e pelo *Act of Settlement* (1701). O iluminismo eleva a cláusula à garantia fundamental do processo inglês.

---

27 - G. Mosca e G. Bouthoul, *op. cit.*, pág. 158.

As colônias da América do Norte tomam a cláusula com o sentido destes doutrinadores e a mesma passa para a Constituição como garantia de legalidade e de justiça, “vinculante para todos os poderes do Estado”.<sup>28</sup> Figuraria na V Emenda (“no person shall be ... deprived of life, liberty or property without due process of law”). Seria estendida para proteção dos indivíduos contra ação indevida do poder estadual (Emenda XIV). Exigiria que somente através de um processo legal poderiam “ser atingidos bens como a vida, a liberdade, a propriedade. E hoje, a XIV Emenda representa um dos elementos fundamentais do sistema constitucional estadunidense”.<sup>29</sup>

Irradiou-se para a maioria das legislações modernas com este sentido garantidor de legalidade e justiça.

## 7. O devido processo legal no direito positivo brasileiro

Modernamente, o conceito de devido processo legal tem caráter abrangente, inclui uma série de garantias específicas e permite a inclusão de outras que exsurjem do sistema constitucional vigente. Desdobra-se nas garantias: “a) de acesso à Justiça Penal; b) do juiz natural em matéria penal; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal; d) da plenitude de defesa do indiciado, acusado, ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais penais; f) da motivação dos atos decisórios penais; g) da fixação de prazo razoável de duração do processo penal; e, h) da legalidade da execução penal”.<sup>30</sup>

28 - Ada Pellegrini Grinover, *op. cit.*, pág. 26.

29 - Ada Pellegrini Grinover, *op. cit.*, pág. 29.

30 - Rogério Lauria Tucci, *op. cit.*, pág. 70.

A Constituição do Império (25-3-1824) assegurava a “inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade” (art. 179), destacando que “ninguem será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fôrma por ella prescripta” (nº XI), “será mantida a independencia do Poder Judicial. Nenhuma Autoridade poderá avocar as Causas pendentes, sustal-as, ou fazer reviver os Processos findos” (nº XII), “A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, recompensará em proporção dos merecimentos de cada um” (nº XIII), “A excepção das Causas, que por sua natureza pertencem a Juizos particulares, na conformidade das Leis, não haverá Foro privilegiado, nem Commissões especiaes nas Causas civeis, ou crimes” (nº XVII).

A primeira carta republicana (24-2-1891), na seção de declaração de direitos ditava que a “Constituição assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes (art. 72): “Ninguém será sentenciado, sinão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na fôrma por ella regulada” (nº 15), “Aos accusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciaes a ella” (nº 16), “Á excepção das causas, que, por sua natureza, pertencem a juizos especiaes, não haverá fôro privilegiado” (nº 23).

Prosseguindo, a Constituição Federal de 16-7-1934, no capítulo dos Direitos e Garantias Individuaes, assegurava a “brasilieiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á subsistencia, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes (art. 113): “A lei assegurará aos accusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciaes a esta” (nº 24), “Não haverá fôro privilegiado nem tribunaes de excepção;

admittem-se, porém, juízos especiais em razão da natureza das causas” (nº 25), “Ninguém será processado, nem sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao facto, e na forma por ella prescripta” (nº 26).

“Já a Constituição de 1937, espelhando a nova orientação ditatorial, omite o princípio do juiz natural”.<sup>31</sup> É verdade que assegurou que “a instrução criminal será contraditória, asseguradas, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa” (art. 122, nº 11), mas o “uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição” (art. 123). Com limitações tão intensas o conteúdo da garantia parece nulificado.

Abrindo o capítulo dos Direitos e das Garantias Individuais, a Constituição de 18-9-1946 assegurava “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes” (art. 141): “É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela ... A instrução criminal será contraditória” (nº 25), “Não haverá fóro privilegiado nem juízes e tribunais de exceção” (nº 26), “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior” (nº 27).

Adveio o texto constitucional de 24-1-1967 que regulava a “inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (art. 150): “A lei

não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (nº 4), “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá fóro privilegiado nem tribunais de exceção” (nº 15), “A instrução criminal será contraditória” (nº 16). Acrescentava que “ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964” (art. 173). Seguiu-se a Carta de 17-10-1969 que manteve estes dispositivos (art. 153, nºs 4, 15 e 16). No seu art. 182 mantinha em vigor o Ato Institucional nº 5.

Sobreveio a Constituição da República de 5-10-1988, solenemente proclamando que “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” (art. 5º): “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (nº XXXV), “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (nº XXXVII), “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (nº LIII), “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (nº LIV), “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (nº LV).

Especifica, ainda, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (nº LVI), “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (nº LVII), “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei” (nº LVIII), “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. (nº

---

31 - Ada Pellegrini Grinover, *op. cit.*, pág. 126.

LX), “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada” (nº LXII), “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (nº LXXIV).

“Em matéria penal, substancial ou processual, as Constituições brasileiras sempre foram ricas em garantias, vedando penas e protegendo a liberdade física, expedindo normas sobre a prisão legal, erigindo em princípio constitucional a incomunicabilidade da pena, assegurando a integridade física e moral do preso, garantindo o contraditório e o direito de ampla defesa”.<sup>32</sup>

Pode-se detectar a evolução alcançada no conceito do devido processo legal que, partindo de garantias mínimas, atinge a nuclearidade constitucional abrangente e genérica - “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” - estipulando-se diversas garantias específicas que vão desde o acesso à justiça até o princípio do juiz natural, passando por diversas exigências para que se tenha um processo justo. Há garantias específicas que se destacam da fonte originária e parecem ganhar autonomia. Dentre estas, a garantia do juiz natural é um exemplo bastante claro. Todavia, estas garantias devem ser observadas na sua globalidade, pois nada adiantaria que se tivesse consagrado o juiz natural se o sistema fosse inquisitório e se teria a fixação de um juiz parcial na medida em que poderia movimentar a própria ação. Não se teria alcance prático algum com o acolhimento do sistema misto se pudesse haver manipulação do julgador. É desnecessário realçar a

---

32 - Ada Pellegrini Grinover, *op. cit.*, pág. 128.

importância do acolhimento de uma fórmula genérica que sempre poderá agasalhar novas garantias que não constem das especificações citadas.

## 8. O conceito atual do devido processo legal

A fórmula do devido processo legal expressa “o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição”.<sup>33</sup> Como destacamos, a Constituição vigente especifica uma série preciosa de garantias determinadas. Ao lado da garantia genérica do devido processo legal estão delineadas diversas outras garantias específicas.

“O direito ao devido processo legal é mais uma garantia do que propriamente um direito. Por ele visa-se a proteger a pessoa contra a ação arbitrária do Estado. Colima-se, portanto, a aplicação da lei. O princípio se caracteriza pela sua excessiva abrangência e quase se confunde com o Estado de Direito. A partir da instauração deste, todos passaram a se beneficiar da proteção da lei contra o arbítrio do Estado. É por isto que hoje o princípio se desdobra em uma série de outros direitos, protegidos de maneira específica pela Constituição. Contudo, a sua enunciação no Texto Constitucional não é inútil, pelo

---

33 - Antonio Carlos de Araújo Cintra *et alii*, pág. 82.

contrário, ela tem permitido florescer de toda uma construção doutrinária e jurisprudencial que tem procurado agasalhar o réu contra toda e qualquer sorte de medida que o inferiorize ou impeça de fazer valer as suas autênticas razões”.<sup>34</sup>

Sumariando o princípio, Manoel Gonçalves Ferreira Filho salienta que o seu aspecto formal “consiste na sujeição de qualquer questão que fira a liberdade ou os bens de um ser humano ao crivo do Judiciário, por meio do juiz natural, num processo contraditório, em que se assegure ao interessado ampla defesa” e, vedado o juízo de exceção, emerge o princípio do juiz natural como inerente à garantia do devido processo legal.<sup>35</sup>

No mesmo sentido integrativo das garantias para efetiva proteção da pessoa humana, José Afonso da Silva salienta:

“Combinado com o direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e o contraditório e a plenitude da defesa (art. 5º, LV), fecha-se o ciclo das garantias processuais. Garante-se o *processo*, e “quando se fala em ‘processo’, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos

---

34 - Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva, 1989, vol. 2º, pág. 262.

35 - Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, 1ª ed., São Paulo, Saraiva, 1990, pág. 67.

procedimentais”, conforme autorizada lição de Frederico Marques”.<sup>36</sup>

A construção moderna da garantia do devido processo legal está na precisa lição de uma de suas maiores estudiosas que formula o seu conceito atual.

“Desse modo, as garantias constitucionais do *devido processo legal* convertem-se, de garantias exclusivas das partes, em garantias da jurisdição e transformam o procedimento em um processo jurisdicional de estrutura cooperatória, em que a garantia de imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre partes e juiz. A participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição. Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente”.<sup>37</sup>

Não foi em vão o longo percurso empreendido. O princípio inserto na *Magna Charta* ganhou profundidade e extensão. Se não é possível evitar os conflitos de interesses entre os seres humanos, ao menos é viável a solução destes de modo justo e para alcançar a justiça.

---

36 - José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, pág. 411.

37 - Ada Pellegrini Grinover, *O Processo Constitucional em Marcha*, São Paulo, Max Limonad, 1985, pág. 8.

## 9. O direito da pessoa concebida à proteção jurídica integral

Um condenado, pluri-reincidente que, fugindo da prisão, cruelmente matasse a própria mãe para subtrair a sua aliança de casamento e que trocasse a jóia por tóxico para, em seguida, cometer violações sexuais, mesmo que confessasse a sua conduta perante a reunião plenária da Ordem dos Advogados do Brasil, teria direito inalienável ao devido processo legal caso denunciado pelo fato mencionado. E é justo que assim seja, posto que a justiça penal deve ser realizada de forma justa. Ensejar ampla defesa.

Todavia, uma criança concebida pode ter a sua morte decretada por um julgador que não lhe enseje a menor chance de defesa. É possível que o Ministério Público funcione no procedimento para, expeditamente, concordar com a execução daquela. É viável que sequer o pai da pessoa gerada esteja de acordo com a sua destruição.<sup>38</sup> Muitas vezes, a execução do conceito é decretada porque doente.

---

38 - "Afirma-se, freqüentemente, a licitude do aborto, quando se julga que provavelmente aquele que vai nascer (aquele que ia nascer) seria anormal, física ou psiquicamente. Mas disto decorre que aquele que é anormal "não deve viver", já que nessa condição não é provável, mas certa. Teríamos, desse modo, que estender a mesma norma àquele que passa a ser anormal por acidente, doença ou velhice. E se tem essa convicção, ela deve ser mantida com todas as suas conseqüências; proceder de outro modo seria agir como Hamlet no drama de Shakespeare, que fere Polônio com sua espada, quando está oculto atrás da cortina. Há quem não se atreva a ferir à criança a não ser enquanto está oculta - poder-se-ia pensar que protegida - no ventre materno. E é curioso como se prescinde inteiramente do pai. Atribui-se a decisão exclusivamente à mãe (mais adequado seria falar da "fêmea grávida"), sem que o pai tenha nada o que dizer sobre se se deve ou não matar o filho. Isto, evidentemente, não se diz; passa-se por alto. Fala-se da "mulher objeto" e agora se pensa na "criança tumor", que pode ser extirpada como um crescimento indesejável. Trata-se de destruir o caráter pessoal da realidade humana" (Julián Marias, *A Questão do Aborto, in Ética: questões fundamentais*, separata, org. Luiz Jean Lauand, São Paulo, Edix, s.d., pág. 63).

Além de incapaz de autodefesa, posto em perigo de morte por aqueles que, naturalmente, deveriam defendê-lo, está desprovido de saúde. Há impressionante dificuldade até para fixação do que seja doença grave.<sup>39</sup> Quais são os reais interesses na morte desse indefeso? Pode haver mera satisfação econômica a ser indiretamente satisfeita. Sem uma rígida reação ao pedido de autorização de aborto, a própria qualidade da prova de eventual doença fica prejudicada, pois se poderá destruir uma vida com base em mera declaração médica que empregue terminologia técnica que sequer as partes entendam. Para discussão judicial de meros interesses pecuniários é legalmente possibilitada a assistência aos peritos oficiais. Não ficaria muito fácil matar alguém porque enfermo, diante da impossibilidade do interessado em fazer a contra-prova? Não existem erros médicos? Inexistem casos em que se faça necessária uma certa dilação temporal, ainda que mínima, para conhecer exatamente a vontade das partes,<sup>40</sup> a sua persistência, a viabilidade de reconsideração do

---

39 - "Existem fetos sem cérebro que não sobrevivem ao nascer, doenças que permitem seis meses, dez anos ou cinquenta anos de vida. Um feto pode não ter um braço, ou ter um dedo menor que o outro. Existem 6.000 doenças ou síndromes causadas por defeitos em apenas um gene (um quarto delas afeta o cérebro). O pesquisador Aubrey Milunsky, do Centro de Genética Humana da Universidade de Boston (EUA), acredita que a definição da severidade da doença deve ficar a cargo não do médico, mas dos pais. 'O médico pode dizer, 'isso não é um problema tão grave', mas não é ele quem acorda toda manhã para levar a criança a um tratamento especial, quem vê a criança sofrendo', declara Milunsky" (*A filosofia do 'defeito grave'*, Folha de São Paulo, 1.12.1996, pág. 7). Ora, transfere-se a responsabilidade médica ao leigo? O médico deve curar. A sua ignorância implica pesquisa. Os pais devem amar, inclusive o oitavo dia... Não é, Georges? Quantos garotos e garotas esteticamente perfeitos, saudáveis e sem problemas financeiros, infelicitam tantas pessoas?

40 - "Hasta ahora se solía descalificar a los pro vida en general, y a los de 'operación rescate' en particular, como extremistas, intolerantes y enemigos de los derechos de la mujer. Pero el cliché no funciona ante la imagen de Noëlia Garcia, 21 años, rubia, com una atractiva sonrisa y una belleza serena. De família acomodada, entró



pedido ou uma apreciação oficial mais detida em face do bem jurídico protegido, no caso o mais importante de todos, a vida?

Por que um laudo de exame de corpo de delito para apurar uma lesão corporal leve precisa de dois peritos e se pode matar um indefeso, alegadamente doente, com base em mera declaração? Por que a norma prevê recursos oficiais para questões sem maior expressão jurídica ou axiológica e se pode autorizar a morte de uma criança sem a garantia efetiva do duplo grau de jurisdição? Por que tanta pressa de matar?

Vê-se, portanto, que nos casos de pedido de autorização para abortamento há um manifesto conflito de interesses entre a grávida e a criança concebida. Aquela pode querer a morte do filho gerado. Este tem direito à vida. Não se a pode destruir. O conceito não pode reagir por si. Houvesse nascido e surgisse um problema econômico entre o menor e os seus pais que os colocasse em situações antagônicas, os pais poderiam decidir o caso? Se um pai pratica um crime contra um filho e a ação penal somente puder ser instaurada com o consentimento daquele, a justiça aguarda o seu arrependimento e a tomada de providências penais contra si mesmo? Não é preciso conhecer a ciência jurídica para dizer que a resposta é negativa. O legislador, valorando fatos dessa natureza, cria normas prevendo a intervenção de um terceiro, isento, para defender os direitos do incapaz frente aos seus pais.

---

en el mundo de las modelos a los 13 años y se há abierto camino en la publicidad y en la televisión. Sabe cómo llamar la atención en esos medios y utiliza su fama para transmitir su mensaje pro vida. Ella habla también de lo que há visto en el mundo de las modelos. 'Vi que muchas de ellas habían abortado. Estaban tristes, temerosas. Sus novios las habían dejado, o sus padres o las agencias las habían presionado para que abortaran, porque en este negocio hay que estar disponible'. Así que em 1994 hizo un paréntesis en sua carrera de modelo y empezó a estudiar Derecho para tener más formación en su lucha contra el aborto" (*Una modelo da la cara por los no nacidos*, in *Aceprensa*, ano XXVII, remessa 13, 10.4.1996, pág. 50).

Assim é que, na lei processual penal, se "o ofendido for menor de 18 anos, ou mentalmente enfermo, ou retardado mental, e não tiver representante legal ou colidirem os interesses deste com os daquele, o direito de queixa poderá ser exercido por curador especial, nomeado, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, pelo juiz competente para o processo penal" (art. 33, CPP). Apenas para reforçar a importância da efetiva reação à pretensão do oponente (isto é, para que se tenha real proteção aos direitos do homem), lembre-se que, no processo penal, suspende-se o feito pertinente a réu que, citado por edital, não comparece ou deixa de indicar defensor de confiança (art. 366, CPP).

O Código Civil também cuida da hipótese e a doutrina ensina que se "houver conflito de interesses entre o absolutamente incapaz e seu representante, ou entre o relativamente incapaz e seu assistente, será imprescindível que o juiz nomeie um *curador especial*, em favor do menor, para protegê-lo (Lei n. 8.069/90, art. 148, VII, parágrafo único, f; CC, art. 387)".<sup>41</sup> É disposição expressa que "sempre que no exercício do pátrio poder colidirem os interesses dos pais com os do filho, a requerimento deste ou do Ministério Público, o juiz lhe dará curador especial" (art. 387, CC).

Não se pode ignorar que o nascituro é capaz de ser parte em juízo,<sup>42</sup> tanto que sua mãe, na qualidade de sua representante, pode intentar ação de investigação de paternidade e, nascendo a criança, esta passa a ser titular da pretensão de direito material posta em

---

41 - Maria Helena Diniz, *op. cit.*, pág. 16.

42 - "Conquanto comece do nascimento com vida a personalidade civil do homem, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (CC, arts. 353, 357, parágrafo único, 372, 377, 458, 462 e 1.718), como o direito a alimentos (RT, 650:220), à vida, a uma adequada assistência pré-natal, a um curador que zele pelos seus interesses em caso de incapacidade de seus genitores, de receber herança, de ser contemplado por doação, de ser reconhecido como filho etc" (Maria Helena Diniz, *op. cit.*, pág. 9).

juízo.<sup>43</sup> Uma criança concebida pode ser adotada ainda no ventre materno. A moderna legislação processual civil também dispõe que “o juiz dará curador especial: I - ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele; II - ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa” (art. 9º, do CPC). Esta função será desempenhada pela Defensoria Pública.<sup>44</sup> Se fosse admissível um pedido de autorização de abortamento, deveria ser nomeado curador especial à criança concebida, sob pena de inexistência de verdadeira relação jurídica processual. Certamente, porque defensor dos direitos sociais e individuais indisponíveis, funcionaria o Ministério Público.

“Sendo representante judicial do ausente, o curador especial não pode praticar atos de disponibilidade do direito material do representado, tais como a confissão, o reconhecimento jurídico do pedido, a transação. É nulo o processo no qual exista ato de

---

43 - “Ao nascituro assiste, no plano do Direito Processual, capacidade para ser parte, como autor ou réu. Representando-o, pode a mãe propor ação investigatória, e o nascimento com vida investe o infante na titularidade da pretensão de direito material, até então apenas uma expectativa resguardada” (RT 625/172). Esse acórdão sustenta que toda vez que se trate do interesse e do proveito da criança concebida, a mesma deve ser tratada como nascida. Como autorizar a sua morte? Ainda mais sem o devido processo legal?

44 - “O MP defende direitos sociais e individuais indisponíveis (cf 127). Atuar como curador especial no processo civil era e é função atípica do MP. No Estado de SP, a LCE-SP 667/91 16 retirou do MP a função de curador de ausentes, de sorte que a nomeação deveria recair, normalmente, na pessoa de um advogado, vedado ao MP paulista exercê-la. Nos estados onde remanesce norma atribuindo ao MP a função, exercia ele função não típica da instituição, porque atuava na defesa de direitos privados de particular. A discussão revela apenas interesse histórico porque tal atribuição, hoje, é função institucional da defensoria pública (LDP 4º VI)” (Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pág. 271).

disposição de direito material praticado pelo curador especial (RT 663/84)”.<sup>45</sup>

Por outro lado, presente o interesse de manutenção da vida da criança concebida, pelo pai ou avós, deve ser legitimada a sua intervenção processual. Muitas vezes, esses interessados poderão suprir a deficiência da criança concebida e auxiliar o julgador no conhecimento da verdade.

Finalmente, presente a garantia do juiz natural, sustenta-se que o juízo civil seria o competente para conhecer de eventual pedido dessa natureza, não o penal.<sup>46</sup> Vislumbra-se a Vara da Pessoa Concebida, da Criança e do Adolescente...

## 10. Conclusões

A perda da noção de pessoa está gerando a execução de seres humanos indefesos por aqueles que mais têm o dever de os proteger. Troca-se o natural pelo artificial. Privilegia-se a coisa e o animal em detrimento do homem. Finge-se ignorar que o instituto sexual confere o inestimável poder de geração de uma pessoa.

A visão reducionista da vida reclama o direito de matar. Na atualidade, a prática do aborto exige a execução de quatro passos fundamentais: 1-) a criança concebida não é um ser humano; 2-) os pais da mesma, conjunta ou separadamente, têm o direito de matá-la; 3-) o poder legislativo não previu uma norma para disciplinar os pedidos dessa natureza, mas o poder judiciário - violando o princípio da separação de poderes - tem legitimidade para criar um procedimento legal para autorizar alguém a matar outrem; e, 4-) o

---

45 - Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, *op. cit.*, pág. 270.

46 - Walter Moraes, *op. cit.*, pág. 26.

poder judiciário que está subtraindo poder legislativo, pode desrespeitar a Constituição Federal, estabelecendo um procedimento para matar alguém, sem que o maior interessado, tenha direito ao devido processo legal.

A vida humana começa no momento mesmo da concepção, que se dá com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide. O Direito Positivo Brasileiro, em consonância com as Declarações Internacionais de Direito, protege integralmente a vida e considera crime a prática de aborto. A reforma penal em andamento maltrata a Carta Magna e fere o sistema jurídico nacional. Punir-se-ia mais severamente um dano a um ovo de tartaruga do que o assassinato de uma criança concebida.

O devido processo legal é uma das mais importantes garantias dos direitos do homem. Tem caráter abrangente, inclui uma série de especificações que, partindo do acesso à justiça, alcança a legalidade da execução penal, passando pelo princípio do juiz natural, tratamento paritário das partes, amplitude de defesa, publicidade dos julgamentos e motivação das decisões. Com isso, assegura os direitos das partes e possibilita o correto desempenho da função jurisdicional.

Não há previsão jurídica acerca de alvará para autorizar abortamento. Se fosse possível cogitar deste, dever-se-ia adotar um procedimento que atendesse ao devido processo legal, com todos os consectários legais da medida. Seria imprescindível a presença de curador especial da criança concebida, que não poderá concordar com o pedido de sua morte. Seria necessária a previsão da legitimidade de intervenção de terceiros interessados. O Ministério Público, defensor dos direitos individuais indisponíveis, deve participar do processo. O juízo competente é o civil.

O que a mídia auto-intitulada vanguardeira anuncia como avanço, não passa de um assassinato de inocente e da violação dos mais elementares direitos humanos.

### Bibliografia

- AMADEI, Vicente de Abreu. Sentença prolatada no Proc. nº 1.420/97, 1ª Vara Criminal da Comarca de Osasco, em 29.10.1997.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva, 1989, vol. 2º.
- BOUTHOU, G. *História das Doutrinas Políticas*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Zahar, 1968.
- BURGIERMAN, Denis Russo. *O Feto Aprende*, Revista Superinteressante, Editora Abril, ano 12, nº 7, julho/1998.
- CAMPOS, Marcio Antonio. *Uma vitória da vida*, Interprensa, ano II, número 15, julho de 1998, pág. 1.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996.
- DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1998.
- DELMANTO, Roberto. *Código Penal Comentado*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1998.
- DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Código Penal Comentado*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1998.
- DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997.

DIP, Ricardo Henry Marques. *Uma questão biojurídica atual: a autorização judicial de aborto eugenésico - Alvará para Matar*, RT 734/538.

FEDERIGHI, Wanderley José. *Aborto humanitário e autorização judicial*, O Estado de São Paulo, 30.3.1986.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Incidente Processual*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.

FERREIRA, Luiz Beethoven Giffoni. Sentença prolatada no Proc. nº 502/96, 2ª Vara Cível da Comarca de Jundiaí, em 21.6.1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, São Paulo, Saraiva, 1990, vol. 1º.

FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de Direito Civil*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*, São Paulo, Saraiva, 1973.

\_\_\_\_\_. *O Processo Constitucional em Marcha*, São Paulo, Max Limonad, 1985.

LAVIÉ, Humberto Quiroga. *Los Derechos Humanos y su Defensa ante la Justicia*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1995.

LENNON, Lucas J. *La Proteccion Penal de la Persona por Nacer*, in *El Derecho a Nacer*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.

MARÍAS, Julian. *A Questão do Aborto*, in *Ética: questões fundamentais*, separada, org. Luiz Jean Lauand, São Paulo, Edix, s.d.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*, São Paulo, Saraiva, 1980, vol. 1º.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Pena de morte para o nascituro*, O Estado de São Paulo, 19.9.1997, pág. A2.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva, 1989, vol. 2º.

MORAES, Walter. *O Problema da Autorização Judicial para o Aborto*, RJTJESP 99/27.

MOSCA, G. *História das Doutrinas Políticas*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Zahar, 1968.

NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

PIMENTEL, Silvia. *Execução de aborto legal não precisa de autorização*, Folha de São Paulo, 19.4.1997, pág. 3.

SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento Civil Romano*, Buenos Aires, 1954.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal*, Belo Horizonte, Del Rey, 1996.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1993.

VERRESCHI, Ieda T. N. *A Síndrome de Turner*, carta de 14.9.1997 à Revista Veja.

VILADRICH, Pedro-Juan. *Aborto e Sociedade Permissiva*, 2ª ed., São Paulo, Quadrante, 1995.