

ABORTO, UMA QUESTÃO CONSTITUCIONAL

(Folha de São Paulo - 05/12/2003)

Neste artigo, pretendo examinar a questão do aborto pelo estrito prisma da Constituição, o que vale dizer, sem conotações de natureza religiosa, pessoal, sociológica ou de qualquer outra espécie.

A Constituição Brasileira proíbe o aborto. O art. 5º claramente cita, entre os 5 direitos mais relevantes, considerados fundamentais, o direito à vida. Se se interpretar que a ordem de sua enunciação pressupõe a sinalização de importância, dos cinco é o mais relevante.

Está o artigo 5º "caput" assim redigido:

"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: ..." (grifos meus).

O texto é de muito maior clareza que aquele da Constituição pretérita, que garantia apenas os "direitos concernentes à vida", permitindo interpretações, muitas vezes convenientes, de que direitos que diriam respeito à vida estariam assegurados, mas não necessariamente o próprio direito à vida. Tanto assim é que foi considerado recepcionado o Código Penal de 1940, que admitia, em duas hipóteses, o aborto, e editado um ato institucional, adotando pena de morte –nunca aplicada— para crimes contra as instituições e o Estado.

A atual Constituição, claramente, assegura "o próprio direito à vida", reiterando, no bojo do artigo 5º, ser vedada a pena de morte no país. Assim, mesmo nos crimes mais hediondos, o criminoso não pode ser punido com a morte.

Por outro lado, o § 2º do art. 5º da Carta da República declara que os tratados internacionais sobre direitos individuais são considerados incorporados ao texto supremo, significando que, tais tratados passam a ter "status" de norma constitucional --e não ordinária, como ocorre com os demais tratados internacionais. Está assim redigido:

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

Ora, o Brasil assinou o Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional sobre direitos humanos. No referido tratado, há expressa declaração que a vida principia na concepção, o que vale dizer: do ponto de vista estritamente jurídico, o Brasil adotou, ao firmá-lo, que a vida de qualquer ser humano tem origem na concepção. O artigo 4º do referido Tratado tem a seguinte dicção:

"Toda a pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Este direito está protegido pela lei e, em geral, a partir do momento da concepção".

Desta forma, duplamente, o legislador supremo assegurou o direito à vida (art. 5º, "caput" e § 2º) e definiu que a vida existe desde a concepção.

Tanto o § 2º quanto o "caput" do art. 5º, por outro lado, são cláusulas pétreas e não podem ser modificados nem por emenda constitucional, como declara o § 4º inciso IV do art. 60 da lei suprema, assim redigido:

“§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

...

IV. os direitos e garantias individuais”.

Como se percebe, do ponto de vista estritamente constitucional, a vida começa na concepção e assim é garantida por tratado internacional e pelo texto maior, não havendo, pois, como admitir a possibilidade de legislação válida sobre o aborto, no direito brasileiro.

A tese de que a vida humana começaria no 3º mês de gestação, sendo, antes, uma vida animal não resiste, pois, à lei suprema, como entendo também não resistir às leis biológicas.

Jerome Lejeune, membro da Academia Francesa e que ofertou notável contribuição na detecção da síndrome de Down, certa vez foi perguntado, em programa de televisão inglesa, se considerava correta a lei daquele país que permitia o aborto até o 3º mês de gestação, pois o feto ainda não era um ser humano.

Respondeu, o famoso médico, que aquilo era um problema dos ingleses. Se eles entendiam que a Rainha da Inglaterra fora um animal irracional durante 3 meses e somente após 90 dias teria adquirido a conformação de ser humano, preferia não interferir, por uma questão de diplomacia, nas convicções do povo inglês. Ele pessoalmente, entretanto, estava convencido de que sempre fora um ser humano, desde a concepção.

A verdade é que do ponto de vista biológico, todos nós temos, desde a concepção, todas as características que ostentaremos até a morte e, no plano jurídico, a vida é protegida desde a concepção pela Carta Magna brasileira.

Por tais motivos, qualquer lei ordinária que venha legislar sobre o aborto pretendendo torná-lo admissível no Brasil, será manifestamente inconstitucional, podendo ser objeto de ação de controle concentrado de constitucionalidade junto a Suprema Corte, passível de ser proposta por qualquer das entidades legitimadas no art. 103 da lei maior brasileira -- controle este, entretanto, segundo a jurisprudência do Pretório Excelso, impossível de ser exercido sobre o artigo 40 do Código Penal de 1940, pois sendo lei anterior à Constituição de 1988 e incompatível com ela, encontra-se, nesse aspecto, revogado.