

Proteção do Direito à Vida: A Questão do Aborto

Paulo Gustavo Gonet Branco¹

RESUMO: O artigo sustenta que o aborto, entendido como toda forma de interrupção do processo de gestação iniciado com a concepção, não se compadece da ordem constitucional brasileira, que proclama o direito fundamental à vida e o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana. Baseia-se na existência de evidências científicas revelam que, com a concepção, surge nova vida humana, merecedora da proteção do Direito.

ABSTRACT: The article develops the idea that abortion – understood as any form of interruption of the gestational process set up by the conception – is not compatible with Brazilian constitutional order, which proclaims the right to live and the respect to human dignity. The article lays its roots on the scientific findings that support the conviction that a new human life is to be taken to exist since conception and that this new human being deserves full protection of law.

SUMÁRIO: Introdução; 1) Aborto, razão religiosa e razão científica; 2) Direito à vida e ponderação; Conclusão.

INTRODUÇÃO

A discussão aberta no Supremo Tribunal Federal sobre o aborto de anencéfalo e sobre o uso de embriões para pesquisas científicas torna oportuno que se revisitem os pressupostos desse debate.

A defesa do aborto do anencéfalo² e da utilização de embriões para

¹ Professor do IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público, Membro do Ministério Público Federal, Doutor pela Universidade de Brasília, Mestre em Direitos Humanos pela Universidade de Essex (Reino Unido).

² Anomalia “que se caracteriza pela ausência total ou parcial do encéfalo”, na definição do Dicionário Houaiss.

atividades de pesquisa e de terapia em terceiros, parte do pressuposto de que a vida humana - e, portanto, o surgimento de uma pessoa - não se daria logo com a fecundação e da ideia de que, na dúvida a esse respeito, o Estado democrático não deveria interferir, deixando a autonomia privada desobstruída de imposições ou vetos de condutas. Nega que ao embrião se possa reconhecer a proteção devida pelo princípio da dignidade da pessoa humana, por não se tratar de uma pessoa. É usual, ainda, que se tenham comentários críticos à interferência de motivação religiosa no enfrentamento do tema.

1. ABORTO, RAZÃO RELIGIOSA E RAZÃO CIENTÍFICA

Não é incomum, tanto no Brasil como em outras latitudes, relacionar a razões de índole religiosa o fundamento do veto do ordenamento jurídico ao aborto.

De fato, religiões a que aderem um número expressivo de brasileiros sustentam a inviolabilidade da vida humana e reclamam que ela, como tal, seja devidamente protegida desde a concepção.

Na Encíclica *Evangelium Vitae*, o papa João Paulo II afirma que:

"As leis que legitimam a eliminação direta de seres humanos inocentes, por meio do aborto e da eutanásia, estão em contradição total e insanável com o direito inviolável à vida, próprio de todos os homens, e negam a igualdade de todos perante a lei."³

Prossegue o mesmo documento:

"[...] De fato, o menosprezo do direito à vida, exatamente porque leva a eliminar a pessoa, ao serviço da qual a sociedade tem a sua razão de existir, é aquilo que se contrapõe mais frontal e irreparavelmente à possibilidade de realizar o bem comum. Segue-se daí que, quando uma lei civil legitima o aborto ou a eutanásia, deixa, por isso mesmo, de ser uma verdadeira lei civil, moralmente obrigatória."⁴

Na "Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação", a Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé reafirma "a inviolabilidade

³ *Evangelium Vitae*, n. 72, 2º parágrafo. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae_po.html>. Acesso em: 15.01.2008.

⁴ *Evangelium Vitae*, n. 72, 3º parágrafo.

do direito do ser humano inocente à vida desde o momento da concepção até à morte"⁵ e alude ao fundamento científico em que se escora esse postulado:

"Esta congregação tem conhecimento das discussões atuais acerca do início da vida humana, da individualidade do ser humano e da identidade da pessoa humana. Ela relembra os ensinamentos contidos na Declaração sobre o aborto provocado: 'A partir do momento em que o óvulo é fecundado, inaugura-se uma nova vida que não é aquela do pai ou da mãe e sim de um novo ser humano que se desenvolve por conta própria. Nunca se tornará humano se já não o é desde então. A esta evidência de sempre [...] A ciência genética moderna fornece preciosas confirmações. Esta demonstrou que desde o primeiro instante encontra-se fixado o programa daquilo que será este vivente: um homem, este homem-indivíduo com as suas notas características já bem determinadas. Desde a fecundação tem início a aventura de uma vida humana, cujas grandes capacidades exigem, cada uma, tempo para organizar-se e para encontrar-se prontas a agir.' Esta doutrina permanece válida e, além disso, é confirmada - se isso fosse necessário - pelas recentes aquisições da biologia humana, que reconhece que no zigoto derivante da fecundação já está constituída a identidade biológica de um novo indivíduo humano."

Referindo-se ao tema das pesquisas com embriões, o documento conclui:

"Se estão vivos, viáveis ou não, eles devem ser respeitados como todas as pessoas humanas; a experimentação não diretamente terapêutica com embriões é ilícita."

Portanto, não há dúvida de que constitui um ponto determinante da doutrina católica a ideia de que há vida desde a concepção, e vida de indivíduo humano, merecedora de todo o respeito enquanto tal. Observa-se, mais, que não se trata de uma convicção sem apoio nas contribuições da ciência, como se lê do trecho transcrito da Congregação da Doutrina da Fé.

Cabe, agora, indagar se o fato de uma crença religiosa endossar o postulado de que a vida humana coincide com a fecundação desautoriza o argumento contrário à legitimidade da interrupção voluntária do processo de desenvolvimento do embrião humano ou do feto.

São conhecidas as teses de que, no Estado laico, não deve ser adotado suporte de cunho religioso para deliberações da vida pública. Afirma-se, por vezes

⁵ "Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação", n. 4. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-forhuman-life_po.html>. Acesso em: 15.01.2008.

buscando apoio em John Rawls, que questões versando tópicos essenciais da vida constitucional, por serem básicas para a concepção do que é justo, somente devem ser resolvidas em definitivo se se puder esperar, razoavelmente, que todos os cidadãos endossem a conclusão alcançada.

Nessa linha, proponentes de ideias favoráveis ao aborto ou ao uso de embriões para pesquisas afirmam que, tendo em vista um verificável desacordo moral sobre o momento em que a vida humana começa, esse não é um assunto que integre o conjunto dos consensos mínimos da sociedade, não devendo o Direito dele cuidar, nem impor limitações à vontade dos sujeitos de direito.

Já se percebe, de pronto, que a formulação parte do pressuposto de que o ser concebido por um homem e uma mulher não é um sujeito de direito, sendo antes, um objeto de decisões a serem tomadas por sujeitos de direito. É possível flagrar, aí, uma petição de princípio. O que a teoria não demonstra é a sua premissa mesma, no mínimo, altamente discutível, mas que é tomada como assente.

Essa teoria, dita liberal, ademais, na denúncia que lhe dirige John Finnis, fecha-se à deliberação racional, sempre que não se agregue, em torno dela, por qualquer motivo, o consenso de todos os cidadãos. Termina-se, diz Finnis, por, "obviamente, engendrar uma particularmente grosseira forma de veto pelas majorias ou mesmo pelas minorias"⁶. Para o professor de Oxford, buscar legitimidade por essa maneira nem é legítimo, nem é razoável:

"É ilegítimo, porque censura o discurso verdadeiro e razoável e - pior - proíbe o recurso a princípios e critérios de julgamento, em relação a questões políticas fundamentais, sem nenhuma razão coerente [...] para a proibição. É desarrazoado, porque restringe a deliberação pública e a ação pública individual precisamente naquelas matérias em que é mais importante estar correto, i.e., onde os direitos fundamentais das pessoas estão em risco."⁷

A crítica do festejado jusfilósofo mostra que o debate sobre questões sensíveis não deve ser embargado por não obter consenso; estabelece, ainda, que os que deliberam na sociedade política devem tomar as decisões necessárias, mesmo em

⁶ FINNIS, John. Public Reason, abortion and cloning. Valparaiso University Law Review, Valparaiso, n. 32, p. 365. 1997.

⁷ FINNIS, John. Op. cit., p. 368.

questões fundamentais de convivência, desde que lhe assistam razões relevantes e sempre que estas se ajustem ao sistema constitucional.

O argumento da ausência do "consenso mínimo" não pode, assim, obstar o debate e a deliberação, apesar de eventual discordância de convicções e interesses sobre o tema.

A deliberação, é claro, deve, se for o caso, estar fincada em razões fundadas cientificamente. Deve, também, e sempre, achar harmonia com o sistema constitucional. Não basta, decerto, para a sua legitimidade, que, meramente, reflita uma opinião da maioria dos representantes políticos.

Há que se concordar, portanto, com Michael Sandel - proeminente scholar americano - que "a cura para o liberalismo não é o majoritarismo, mas uma apreciação mais aguda do papel do discurso moral na argumentação política e jurídica"⁸.

Evitar a discussão sobre a validade de leis que envolvem o aborto, sob o pretexto de que não se deve, num Estado que se proclama pluralista, assumir uma determinada concepção de pessoa, porque isso envolveria opções morais capazes de produzir rupturas sociais, acaba por produzir inconsistências. O desprezo por motivações morais para a solução de questões essenciais em que se nota o desacordo prático na sociedade, lembra Sandel, "não oferece base para a decisão por uma das soluções aventadas em detrimento da outra"⁹. Isso sem contar que a recusa a uma visão moral do problema pode ser, em si mesmo, uma opção moral, capaz de produzir dissenso.

Daí que o tema do aborto, em qualquer de suas formas, não pode ter o seu lado moral suprimido do debate público apenas porque essa discussão envolveria assunto que não recolhe consenso entre os cidadãos. De outra parte, o aspecto moral ganha tanto mais consistência e relevo quando tem o abono de razões práticas e científicas.

⁸ SANDEL, Michael. Moral argument and liberal toleration: abortion and homosexuality. *California Law Review*, n. 77, p. 522, 1989.

⁹ SANDEL, Michael. *Op. cit.*, p. 533.

Não é, portanto, porque não há consenso sobre a validade moral de prática abortiva que o assunto deva ser entregue, sem mais, à autonomia privada dos indivíduos ou à livre escolha da legislatura. O tema deve ser enfrentado em todas as suas dimensões.

Entre nós, é isso o que sustentam Ives Gandra da Silva Martins e Antonio Carlos Rodrigues do Amaral:

"Quando se sustenta que o Estado deve ser surdo à religiosidade de seus cidadãos, na verdade se reveste esse mesmo Estado de características pagãs e ateístas que não são e nunca foram albergadas pelas Constituições brasileiras [...] Pretender calar os vários segmentos religiosos do país não apenas é antidemocrático e inconstitucional mas traduz comportamento revestido de profunda intolerância e prejudica gravemente a saudável convivência harmônica do todo social brasileiro."¹⁰

Da mesma forma, João Batista Villela comenta que os direitos do feto, o conceito de dignidade da pessoa humana e a definição do início da vida "são todas questões eminentemente morais que qualquer reflexão sobre o aborto não tem como descartar. Se descarta, o debate será necessariamente pobre, ralo e dissimulado". Acrescenta, com bom senso, que "o fato de existir religiões que afirmem a igualdade essencial entre os homens, sustentem o direito à liberdade, defendam as minorias ou lutem pelos oprimidos não converte a igualdade, a liberdade ou a tolerância em valores religiosos"¹¹.

Já se viu que a prática do aborto - e aqui se equiparam a tanto as pesquisas com embriões que levam à interrupção do seu desenvolvimento encontra firme repúdio em religiões significativas para o povo brasileiro. Esse fato não somente não pode ser deixado de lado, na apreciação da legitimidade jurídica dessas práticas, como deve ser considerado realmente importante, mesmo para uma visão constitucional do problema.

O ângulo moral de apoio ao direito à vida desde a concepção torna-se mais forte, porquanto tem por premissa, não uma impressão despida de fundamento

¹⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. Estado laico não é Estado ateu e pagão. *Folha de São Paulo*, 14 de junho de 2007.

¹¹ VILLELA, João Batista. Estado laico, Estado amoral? Premissas de um debate. *Revista Del Rey Jurídica*, n. 15, p. 9, 2. sem. 2005.

técnico sobre o momento do início da vida humana, mas considerações deduzidas cientificamente, que apontam a coincidência deste instante inicial com o momento da fecundação. É por força dessa evidência que se recrimina moralmente a interrupção voluntária do desenvolvimento do ser humano em qualquer fase do processo que culmina no nascimento.

De fato, a repulsa por experimentos com embriões e pelas demais formas de interrupção do processo vital iniciado com a fecundação liga-se ao convencimento - produzido por dados científicos - de que a vida humana começa ali, merecendo, por isso, a tutela ínsita à dignidade de todo o ser humano.

A ciência permite que se afirme, hoje, que o conjunto de informações genéticas, que filia um ser vivo a uma espécie, está fixado desde a fusão dos núcleos do espermatozoide e do óvulo.

Ives Gandra Filho recorda os testemunhos francos de Jérôme Lejeune¹² resumindo-os na conclusão de que "no momento da concepção, pela fecundação do óvulo pelo espermatozoide, o embrião que surge passa a ter um código genético distinto da mãe, o que mostra tratar-se de ser diferente da mãe e não mero apêndice do organismo feminino [...] Não é possível se pretender dizer que não se está diante de uma vida humana"¹³.

"Como cada embrião humano - segue nesta linha Roberto Andorno - contém um genoma humano que é idêntico ao do adulto em que está chamado a se convolar, está claro que pertence, tanto como o adulto, à espécie humana. Nenhum ser vivo e, em particular, nenhum embrião poderia se transformar especificamente em humano no curso do seu desenvolvimento biológico, se já não o era antes."¹⁴

É claro que o estudo científico distingue "individualidade biológica" da "unicidade da informação genética". As duas noções são estremadas por Roberto Andorno, com este exemplo:

¹² Lejeune, entre outros méritos científicos, soma o de haver descrito, pioneiramente, a doença cromossômica típica da síndrome de Down.

¹³ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O direito à vida e o aborto do anencéfalo. In: _____.(Coord.). Direito fundamental à vida. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 177.

¹⁴ ANDORNO, Roberto. Bioética y dignidade de la persona. Madri: Tecnos, 1998. p. 94.

"Uma célula da pele de um homem adulto, que pode ser separada e cultivada, pertence também à espécie humana; em seus 46 cromossomos, possui toda a informação genética do indivíduo, da mesma forma que um embrião. No entanto, essa célula não é um "indivíduo humano no mesmo sentido que o é um embrião, porque somente este último está orientado a se transformar numa criança e, logo mais, num adulto. Ao contrário, uma célula da pele não será nunca um homem completo: as células que compõem o embrião são totipotentes, quer dizer, elas contêm todo o ser humano; uma célula da pele, como a célula de qualquer tecido do corpo humano, é diferenciada, ela não está orientada a se transformar num ser humano completo."¹⁵

O que se afirma, portanto, é que o embrião é um ser vivo, da espécie *homo sapiens* e não se confunde com uma mera célula entre as várias que compõem um indivíduo. Trata-se, portanto, de um ser humano, de uma pessoa - realidade que se demonstra com fatos de ordem científica. A convicção religiosa de que, desde a concepção, o ser humano possui alma não interfere sobre os termos da conclusão atingida a partir de argumentos de ordem técnica, independentes da adesão a uma fé específica. Mesmo que não se deseje privilegiar o fator religioso como dado de raciocínio, resta a apuração de que o fato de um indivíduo pertencer à espécie humana implica que é um indivíduo, uma pessoa humana, daí decorrendo o seu direito de viver¹⁶.

É evidente que o embrião não desenvolveu ainda todas as propriedades típicas da pessoa adulta, mas isso não o desnatura como ser humano, como pessoa humana. O fato de a lei civil tratar os direitos do nascituro de forma distinta de como disciplina os direitos do menor de idade, que por sua vez não vê os seus direitos regulados de modo igual ao do indivíduo plenamente capaz, não torna o nascituro ou o menor de idade "menos ser humano" do que o adulto. Se, nas distintas fases, ademais, do desenvolvimento das potencialidades do homem é razoável que, no interesse mesmo do sujeito, se imponham limitações a prerrogativas e faculdades que dependem de mais

¹⁵ ANDORNO, Roberto. Op. cit., p. 95.

¹⁶ A propósito: RHONHEIMER, Martin. Derecho a la vida y el Estado moderno. Madri: RIALP, 1998. p. 59. O autor refuta o argumento de Dworkin de que o argumento anti-abortista viria da convicção religiosa de que "Deus, no momento da concepção, provê o feto humano com uma alma racional e que uma alma racional possui o direito moral de viver [...] Trata-se [diz o autor, referindo-se à suposição de Dworkin] de uma visão errônea, porque a pessoa não é a alma; e não se afirma que o feto humano seja pessoa porque tem uma alma racional. Afirma-se, ao contrário, que antes de mais nada, o feto vivo tem uma alma espiritual, porque é uma pessoa humana e, em segundo lugar, que é pessoa porque e enquanto é um indivíduo vivo da espécie *homo sapiens*; mas isso é um argumento científico, não religioso" (ênfases no original).

acentuado desenvolvimento orgânico e intelectual, não é assim com o direito à vida. Este direito não depende, para ser reconhecido, de um certo grau de desenvolvimento das propriedades típicas do ser humano, mas é o pressuposto mesmo para que tal desenvolvimento ocorra. O direito à vida assenta-se apenas na realidade da existência de um ser humano.

O embrião possui a genética típica de um ser humano - é um ser humano, portanto. Não pode ser visto como um mero "ser humano em potencial"; é, antes, um ser humano com potencialidades ainda por serem desenvolvidas¹⁷.

Se firmamos que o ainda não nascido é um ser humano que se encontra no início do seu desenvolvimento natural, não lhe pode ser negada a proteção jurídica que resulta da opção constitucional por um Estado Democrático de Direito fundado no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). O não nascido é um ser humano e a ele é devido todo o respeito à sua dignidade intrínseca, decorrente dessa condição. O não nascido, mesmo que embrião, é titular do direito à vida, fixado no caput do art. 5º da Carta da República.

Integra a nossa doutrina constitucional, sobre direitos fundamentais, a noção de que estes direitos não ostentam somente uma dimensão negativa - que, no caso do direito à vida, significa o veto a agressões à existência física por parte do Estado e dos seus agentes. Esses direitos são enriquecidos, também, com uma perspectiva "positiva". Os direitos fundamentais também geram um "dever de proteção" para o Estado. Os poderes públicos devem atuar, inclusive criminalizando condutas, para assegurar a integridade da vida humana.

Nesse quadro, é dado concluir que a rejeição firme e eficaz do aborto constitui dever do Estado no domínio do nosso direito constitucional - e a essa

¹⁷ A esse respeito, Martin Rhonheimer continua o raciocínio, dizendo que o desabrochar das potencialidades do ser humano não pode ser confundido com um "desenvolvimento 'para ser homem', senão que se trata de um 'desenvolvimento de um ser humano'" (*ibidem*, p. 77). Aduz, também, que exigir, para que se fale em uma pessoa humana, mais do que pertencer à espécie *homo sapiens*, cobrando, além disso, que o ser tenha autoconsciência e seja capaz de ter desejos dirigidos ao futuro e permanentes no tempo importaria consequências não somente absurdas como malsãs: significaria "que um ser humano, que ainda não alcançou esse estado (ou que o perdeu de modo que se pressupõe definitivo) pode ser suprimido por qualquer motivo, sem justificativa alguma ante a lei" (*ibidem*).

conclusão se chega independentemente de razões religiosas.

O direito positivo infraconstitucional mostra-se coerente com essas ilações.

O art. 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁸ impõe que a lei proteja a vida e proclama que esse direito tem início com a concepção. É de todo relevante, a esse propósito, salientar, que, de acordo com a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: "Os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação"¹⁹.

Já por isso, leis que permitam o aborto ou que franqueiem experiências letais com embriões são inaplicáveis, ante o obstáculo da garantia ampla do direito à vida explicitado no Pacto de San José²⁰.

¹⁸ Art. 4º Direito à vida.

"1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente."

¹⁹ STF, HC 90172/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 05.06.2007, Informativo STF n. 470.

²⁰ Rejeitem-se os argumentos que supõem uma opção legislativa para excluir o não-nascido da categoria de sujeito de direito. Não apenas uma semelhante tese não encontra suficiente amparo no direito positivo (basta que se leia o Pacto de San José), como, e, sobretudo, conforme se está buscando demonstrar, a discussão há de se travar em campo constitucional, a que há de se subordinar o legislador ordinário. Nessa linha, não se pode admitir como válido o argumento de que, lastreado na complacência da legislação com o conceito de morte cerebral, supõe demonstrado que, enquanto não houver atividade cerebral no ser em gestação, não há vida a ser protegida. Esse modo de ver desloca, impropriamente, o debate, em torno do conceito do sujeito de direito num Estado democrático de Direito, do plano constitucional para o plano legal. Pretende, portanto, e subvertendo a ordenação das normas, compreender a extensão de um direito fundamental a partir da lei infraconstitucional. Nem mesmo no plano legal, porém, o argumento se sustenta. Não é porque se confere importância à cessação de atividade cerebral para se verificar a morte que se segue, necessariamente, que, antes do início de tais atividades, não exista vida. Não há por que submeter o conceito do início da vida ao critério de apuração do fim da vida de um ser que, anteriormente, já completara o processo de desenvolvimento das potencialidades humanas.

2. DIREITO À VIDA E PONDERAÇÃO

Há, por fim, outro ponto a considerar. Será o direito à vida do nascituro um direito absoluto? Deve ele ceder à pretensão da mãe que não o deseja, por motivos financeiros ou por causas psicológicas? Deve esse direito ceder ante o interesse de melhoria de saúde de outros seres humanos?

A vida é o pressuposto para todos os direitos fundamentais. É curial, portanto, que se reconheça ao direito à vida uma primazia no contexto dos demais direitos. É defensável dizer que o direito à vida não é absoluto, sob a nossa Constituição, que prevê a possibilidade, ainda que restrita, da pena de morte em caso de guerra declarada. Em outros casos, não parece que o Estado disponha do poder de ponderar vidas, sobretudo com outros direitos fundamentais, e tomar deliberações que importem o sacrifício de existências humanas. Jan R. Sieckmann, dedicado estudioso da prática da ponderação no âmbito judicial, deteve-se sobre o tema, para concluir que, à vista da razão de ser dos direitos fundamentais, é dado se falar numa exigência "segundo a qual o Estado não deve ter nenhuma prerrogativa de ponderação e decisão no que pertine a determinados interesses". Ilustra a assertiva, bem a propósito do tema em apreço:

"Por exemplo, a proteção do princípio sobre a vida e a integridade corporal não há de ser ponderada com interesses de utilizar os órgãos de pessoa viva para a salvação da vida de outras cinco pessoas, pois o sentido da proteção dos direitos fundamentais está em que o Estado não deve realizar uma tal ponderação."²¹

Nos casos, portanto, em que a perda da vida constitui a alternativa do problema, não é caso de se proceder a ponderação com outros bens, mesmo que possuam bases constitucionais. O próprio postulado da dignidade da pessoa humana ganha maior e decisivo peso quando se liga à proteção do direito à vida. Não há respeito à dignidade da pessoa quando se menospreza a sua própria existência.

Essas ideias não são isoladas da prática judiciária. Ganhou notoriedade o

²¹ SIECKMANN, Jan-R. El modelo de los principios del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. p. 135-136. (ênfase acrescida).

juízo de 15 de fevereiro de 2006 da Corte Constitucional alemã, que fulminou de invalidez ato normativo que conferia poderes para o Ministro da Defesa abater avião civil, quando as circunstâncias levassem a crer que o aparelho haveria de ser usado contra a vida de outros e se a derrubada do avião fosse o único meio para rechaçar o perigo.

O ato normativo, datado de 2004 - portanto, no contexto das angústias mundiais que se seguiram ao ataque de 11 de setembro de 2001 -, foi considerado inadmissível, já que causar a deliberada morte de pessoa inocente, mesmo que para prevenir a morte de outras mais, viola o direito fundamental à vida. A Corte afirmou que a morte provocada dos passageiros civis inocentes, "como meio para salvar outros, [significa] trata-los como meros objetos, o que lhes nega o valor que é devido ao ser humano por si mesmo"²².

A Corte, portanto, não aceitou ponderar o número de vidas que seriam salvas com as vidas que seriam perdidas no avião alvejado. O princípio da dignidade humana, que reconhece à vida humana status acima de todo o valor, não se compadece de comparações, que visem a apurar, num caso concreto, se a vida humana deve ceder a outro interesse qualquer nem que seja o de outra vida humana. A Corte tampouco deixou-se abalar pela eventual curta expectativa de vida dos passageiros sequestrados. Proclamou que "a vida humana e a dignidade humana gozam da mesma proteção constitucional, independentemente da duração da existência física de cada ser humano".

A posição da Corte Constitucional alemã de repúdio ao uso do ser humano como objeto, por isso ser essencialmente hostil ao princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, também é adotada pelo Supremo Tribunal Federal. No HC 86.000 (DJ 02.02.2007), o relator, Ministro Gilmar Mendes igualmente salientou que "esse princípio [da dignidade da pessoa] proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e atos estatais"²³.

O acervo de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal igualmente

²² Bundesverfassungsgericht. Disponível em: <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/press/bvg06011en.html>>. Acesso em: 16 de janeiro de 2008.

²³ Nessa mesma linha, e do mesmo relator, entre outros julgados, confira-se o RE 515.427/GO (DJ 14.09.2007).

avaliza a doutrina de que certos direitos fundamentais não admitem ponderação com pretensões contrárias. No sentido de reconhecer que certos direitos fundamentais são insuscetíveis de ponderação e de aplicação modulada segundo o princípio da proporcionalidade, vale referir o HC 80.949 (RTJ 180/1001)²⁴.

É compatível com a jurisprudência da nossa Suprema Corte, portanto, e não destoia da inteligência elaborada em outras jurisdições ou da mais atenta doutrina, afirmar que o direito à vida, pela sua própria importância e significado para o sistema constitucional, não admite ser ponderado com outras pretensões, se a alternativa dada para a solução do conflito é o sacrifício certo de uma existência humana.

Mesmo quando se admite um exercício de ponderação envolvendo a possibilidade de risco para o direito à vida (nos casos em que não há certeza de que a atuação em favor de um interesse importará sacrifício a uma vida), ainda aí, há que se ver reconhecido, em favor do direito à vida, um peso em abstrato mais elevado que os demais direitos confrontantes, o que haverá de se refletir no momento de se apurar o resultado da ponderação. Alexy, a esse respeito, anota que o direito à vida sobreleva os demais, em peso, mesmo considerado esse direito em abstrato.

"[...] A vida humana [diz Alexy] tem, em abstrato, um peso superior à liberdade geral de fazer ou de não fazer o que se queira. Então, a importância que tenha a proteção da vida em uma situação determinada pode determinar-se, de uma vez, segundo o peso abstrato da vida e segundo o risco que corre no caso concreto".

Daí que, mesmo quando uma pretensão não leva necessariamente ao prejuízo de uma vida humana, não haverá de ser admitida, se o risco à vida dela derivado se mostrar significativamente relevante. Tanto mais, pois, a preservação da vida humana há de ser prestigiada quando o interesse que se pretende realizar somente se satisfaz com a supressão de uma vida.

²⁴ No precedente, o STF afirmou que a proscrição da prova ilícita pelo art. 5º, LVI, da Constituição, não admite aplicação gradual, e, portanto, não admite ponderação com outras pretensões divergentes, mesmo que de origem constitucional. O relator, Ministro Sepúlveda Pertence, assegurou: "[...] Até onde vá a definição constitucional da supremacia dos direitos fundamentais, violados pela obtenção da prova ilícita, sobre o interesse da busca da verdade real no processo, não há que apelar para o princípio da proporcionalidade, que, ao contrário, pressupõe a necessidade da ponderação de garantias constitucionais em aparente conflito, precisamente quando, entre elas, a Constituição não haja feito um juízo explícito de prevalência."

Se assim é, já se vê que, por mais dramáticas que sejam as aflições econômicas ou psicológicas que a gravidez suscite nos pais do ser humano concebido, o aborto não se justifica. Aqui, cabe retomar o bem achado trecho do voto do Ministro Cezar Peluso na ADPF QO 54²⁵ quando recordou que o sistema jurídico não tem "a absurda pretensão de erradicar da experiência humana as fontes de sofrimento", acrescentando que "o sofrimento em si não é alguma coisa que degrade a dignidade humana. É elemento inerente à vida humana".

Muito menos se revela admissível que se destrua uma vida humana, no seu momento embrionário, para servir de instrumento de progresso da ciência ou de satisfação de expectativas terapêuticas de outrem. Nessas hipóteses, mostra-se nítido o uso de um ser humano - o embrião - como objeto, como meio para a satisfação de interesses de terceiros, em detrimento da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

A recusa à legitimidade de práticas abortivas - a ela se equiparando, neste estudo, as pesquisas científicas letais sobre embriões humanos - decorre de uma premissa: a de que, desde a concepção, existe vida humana individual. Essa premissa dá margem a consequências de ordem religiosa; no entanto, não é ela própria o resultado de um ato de fé, mas, sim, de conhecimento científico.

É natural que as consequências morais que decorrem desse conhecimento animem muitos a se empenhar, com mais tenacidade, para que os interesses desses seres ainda não nascidos, e que não têm como se defender, sejam considerados e protegidos pelo Estado. Isso não desnatura o debate jurídico em um debate religioso.

Não se desconhece que há quem não aceita que a vida humana tenha o

²⁵ O acórdão está publicado no DJ 31.08.2007. No julgamento, suspendeu-se, por maioria, liminar concedida pelo relator do feito, que permitia a interrupção de gravidez de anencéfalo.

seu primeiro momento na fecundação, ainda que estes não logrem falsear, em bases estritamente científicas, a tese que rejeitam. No mínimo, porém, haveria que se considerar a possibilidade do equívoco da postura cética. As consequências desse equívoco, uma vez confirmado, teriam o custo incomensurável de incontáveis vidas suprimidas. Haveria, então, de, pelo menos, se aplicar ao tema o "princípio da precaução", conhecido pelos que se batem pela proteção do meio ambiente e pela preservação de espécies, e que recomenda, ante a falta de certeza, a proteção do bem que pode estar ameaçado. Igualmente por esse caminho, o aborto e as pesquisas letais com embriões não seriam aceitáveis.

Não é essa, contudo, a via de raciocínio que anima este escrito. As considerações desenvolvidas convencem, antes, que as práticas abortivas entendidas como toda interrupção voluntária do processo biológico, iniciado com a concepção, de desenvolvimento da pessoa humana ainda não dada à luz - afrontam a Constituição, pondo-se em linha colidente com a tutela que a Carta da República exige que seja conferida à vida humana e à dignidade da pessoa.