

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE HUMANA, PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O ABORTO

Karla Ingrid Pinto Cuellar, é advogada, Mestre em Direito e docente em nível superior pela Associação Vilhenense de Educação e Cultura e Ulbra

“O direito procura garantir a existência do homem e a segurança dos interesses primordiais, que integram a sua personalidade e lhe permitem o normal e livre exercício das atividades, juridicamente reconhecidas.”¹

Aníbal Bruno

Os Direitos Fundamentais são aqueles considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. O Estado deve buscar reconhecê-los e sobretudo concretizá-los, incorporando-os ao cotidiano dos seus cidadãos.

Ao indivíduo e à sociedade interessa a proteção de todos os interesses considerados indispensáveis a pessoa humana. Por tais motivos a doutrina elenca e Norberto Bobbio² indica que existem 3 gerações de Direitos Fundamentais: direitos individuais; direitos sociais; e de fraternidade, já tendo inclusive autores que elenca uma 4ª geração que englobaria o patrimônio genético.

Desta forma a Carta Magna, logo em seu art 1º, aponta cinco fundamentos da organização do Estado Brasileiro, sendo estes os principais valores na organização da ordem social e jurídica de nosso país. Merecendo destaque nesta análise a dignidade da pessoa humana.

No artigo 1º, III da Constituição Federal temos a consagração do princípio da dignidade humana, estabelecendo a proteção jurídica da pessoa humana. Por meio de tal princípio deve-se ter respeito aos direitos fundamentais do ser humano, assegurando condições de existência digna a todos. Tal princípio compreende que a pessoa humana deve ser respeitada e preservada em seu destino de continuar vivendo de forma íntegra e digna.

Embora, porém, se trate de princípio com elevada carga valorativa inerente à vida humana, não é absoluto, não podendo prevalecer incondicionalmente sobre demais princípios constitucionais quando em colisão.

Desta forma num caso concreto de colisão de princípios fundamentais, o operador jurídico cuidará de indicar quando ocorrerá prevalência de um deles, não se esquecendo, porém, do cumprimento das metas fixadas pela Carta Magna.

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana é fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, sendo o que dá unidade e coerência ao conjunto desses direitos, consequentemente consolida-se a força normativa de tais comandos, que se estendem em sua proteção juntamente com a dignidade humana. A questão da proteção e defesa da dignidade humana e dos direitos da personalidade, no âmbito jurídico, alcança importância significativa, sobretudo devido os avanços tecnológicos e científicos experimentados pela humanidade que potencializam de forma intensa riscos e danos a que podem estar sujeitos os indivíduos no dia-a-dia. Assim, passa a “dignidade da pessoa humana” e os direitos que lhe são correlatos a integrar a condição de princípio fundamental, tendo posição de destaque no ordenamento jurídico.

Os direitos fundamentais são obrigatórios juridicamente porque são explicitações do princípio da dignidade humana, que lhes dá fundamento. Ao analisarmos o princípio da dignidade da pessoa humana, percebemos que sua análise fica ligada ao do princípio da proporcionalidade, que desempenha duas funções no sistema normativo. Ora funciona como instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais contra a ação limitativa que o Estado impõe a esses direitos; visando a ampliação do controle jurisdicional sobre a atividade não vinculada do Estado, sobre atos administrativos que envolvam juízos discricionários ou a valoração de conceitos jurídicos, contendo o exercício abusivo das prerrogativas públicas; ora cumpre a missão de atuar como critério para solucionar conflitos de direitos fundamentais através de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto. Conforme Moraes (1999, p. 75-83):

Uma das aplicações mais proveitosas contidas no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca tal solução conciliatória para o qual o princípio é indubitavelmente apropriado [...]³

De acordo com o exposto, uma vez que não há direitos fundamentais absolutos, se ocorrer uma situação em que dois direitos fundamentais disponham-se em posição antagônica, impõe-se proceder a compatibilidade entre os mesmos, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, o qual permitirá, por meio de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto, harmonizá-los, seja através da redução proporcional do âmbito de aplicação de ambos ou de um deles apenas.

Por isso, por meio do princípio da proporcionalidade será indicado qual o direito que na situação concreta está mais ameaçado de sofrer uma lesão mais gravosa caso venha ceder frente a outro, devendo por isso prevalecer. É este o caso de conflito entre o princípio da dignidade da mulher gestante frente à futura dignidade do feto.

No caso do aborto, notamos que entram em conflitos direitos fundamentais da mulher gestante em conflito com direitos fundamentais do feto. Há conflito entre a dignidade da mulher gestante e a futura dignidade do feto. É o caso da chamada colisão de direitos fundamentais, encaixando-se na colisão excludente. Observando o conflito de direitos é necessário que se leve em consideração o peso relativo de cada um. Consideramos que entram em conflito o direito a vida daqueles que já possuem em sua plenitude (a mulher gestante) com a expectativa de vida do feto.

Na gravidez, o que se tem do produto da concepção na ordem civil (art 1 e 2º CC), é apenas um estado potencial. Na vida (entretanto entre o nascimento e a morte), o que se tem é a existência do atributo personalidade, essência da qualidade de pessoa, capaz de adquirir direitos e contrair deveres, com a sua identidade individualizada por definitivo na ordem civil. Estabilizado o começo da personalidade civil do homem do nascimento com (para a) vida, a partir de então, existe uma pessoa em quem se integram direitos e obrigações. O momento ou estado antecedente é mero estado potencial.

Na acepção jurídica, existir é o próprio fato da duração da vida do ente humano com autonomia biológica. Os elementos nascimento, constatação da vida e pessoa, são equivalências da personalidade e, por isso, da existência do homem, o que autoriza a seguinte afirmativa: Pode haver nascimento com (para a) vida, mas nunca vida sem o nascimento. O nascimento do produto da concepção é a etapa viabilizante para a constituição da existência humana na ordem civil, pois dela é que decorrerá ou não o atributo personalidade. O nascimento perpetua a idéia de surgimento do produto da concepção do mundo intra para o extra-uterino. É a passagem, a ligadura para a constatação de uma provável vida. Enquanto o nascimento é o potencial-ser, a vida é o próprio ser. O produto da concepção ou feto é

somente um estado potencial, podendo se desenvolver ou não num ser humano.

Não significa dizer, de maneira absoluta, que esse encontro alcançará o ser humano com personalidade civil, ou seja, não é uma garantia plena e inquestionável, que daquele encontro o produto da concepção alcance o seu termo, ou, se alcançá-lo, adquirirá o atributo personalidade.

O aborto é palavra de origem latina (abortus ou abortio), que significa “parir”, “dar à luz”, conjugação das palavras ab+ortus, também considerada como não nascer ou impedir o nascimento. Portanto, abortar é impedir o nascimento; impedir o instante de ligadura entre o mundo intra e o extra-uterino, no seu termo próprio e natural. A vida, que qualifica o atributo personalidade, permanece como estado potencial (pode ser constatada a autonomia biológica ou não).

O tipo penal “aborto” seria o de impedir o nascimento, por provocação. O resultado seria o não nascimento por intenção do agente ou agentes. Sob a óptica civil, embora a lei ponha a salvo os direitos do nascituro, não há bem jurídico a ser protegido penalmente (vida e pessoa), porque estes só se consumam com o nascimento e a constatação da autonomia biológica do produto da concepção. Ausentes a estrutura do tipo, o bem jurídico, o objeto material, inexistente o crime ou delito. Em suma, é a constatação científica que se tem para delimitar o fim do estado potencial do produto da concepção e o início da personalidade civil.

Por outro lado, para que se fale em morte do produto da concepção, imprescindível houvesse ele experimentado a vida, juridicamente falando. Com o nascimento, iniciam-se dois movimentos, um direcionado para a vida e outro direcionado à constatação da permanência do estado potencial em que se encontrava o produto da concepção. Assim, não podemos deixar de considerar que o feto não é uma vida humana propriamente dita, mas em potencial. Atribuir-se ao feto todos os direitos de um ser humano adulto é equivocados, já que ainda não é um ser real, não devendo possuir os mesmos direitos.

Portanto, na colisão de direitos, deve prevalecer os direitos da mulher gestante, uma vez que seus direitos já foram concretizados, já que adquiriu o atributo personalidade e possui vida. A dignidade da gestante se sobrepõe a futura dignidade do feto, caso contrário, estaríamos privilegiando direitos que ainda não foram adquiridos pelo feto, estando estes em condição suspensiva, dependendo da ocorrência do nascimento para daí mostrarem vida e adquirirem personalidade. O direito não pode conferir direitos a situações instáveis. Não se

pode impor uma gravidez a uma mulher com base na mera expectativa de vida que o feto poderá revelar ou numa futura dignidade.

Não podemos esquecer que da aquisição do atributo personalidade irradiam-se direitos, sendo a sua aquisição o ponto de apoio de todos os direitos e obrigações. Então como conferir mais direitos àqueles que ainda não possuem personalidade em detrimento aos que adquiriram-na em plenitude ?

Deve-se dar preferência para a vida já instituída, para os adquirentes do atributo personalidade, visto que atingiram inquestionavelmente a qualidade de pessoa. A mulher gestante já possui o principal direito individual, do exercício desse direito decorrem os demais tais como o direito a liberdade. Não podemos deixar que o direito de liberdade da mulher grávida seja subordinado a expectativa de vida do feto, que como já abordamos anteriormente, pela lei civil está em condição suspensiva.

Ninguém pode ter mais direitos do que aqueles que já possuem vida em sua plenitude.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

- 1- BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. 5ªed. Forense, 2003.
 - 2- BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Nova edição. Campus.
 - 3- MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999.
 - 4- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7ªed.. Malheiros, 2001
-