

O ABORTO: FLAGRANTE CONFLITO ENTRE O DIREITO À VIDA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Eriberto Cordeiro Amaral¹
Carla Cibele Amaral Cordeiro²

Direito

 **cadernos de
graduação**
ciências humanas e sociais
ISSN IMPRESSO 1980-1785
ISSN ELETRÔNICO 2316-3143

RESUMO

A abordagem realizada na presente pesquisa visa demonstrar a aplicabilidade do princípio da pessoa humana no que concerne ao direito à vida. Uma das perspectivas primordiais diz respeito aos conflitos existentes entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida, em especial ao tema aborto. É que a vida goza de proteção constitucional desde o momento da concepção, ou seja, já se protege a vida intrauterina. A questão primordial é saber até que ponto o direito à vida pode ser relativizado, num juízo de ponderação, tendo como contraponto o princípio da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS CHAVE

Proteção da vida intrauterina. Flexibilização. Conflito de Direitos Fundamentais

ABSTRACT

The approach that was carried out in this research aims at demonstrating the applicability of the principle of the human person with regard to the right to life. One of the primary perspectives concerns the conflicts between the principle of the dignity of human personnel and the right to life, especially the issue of abortion. It is that life enjoys constitutional protection from the moment of conception, that is, it already protects the intrauterine life. The fundamental question is to know to what extent the right to life can be relativized, in a weighing judgment, having as counterpoint the principle of the dignity of the human person.

KEYWORDS

Protection of Intrauterine Life. Flexibilization. Conflict of Fundamental Rights

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo demonstrar a aplicabilidade do princípio da pessoa no sistema constitucional brasileiro. Trata-se de um tema relevante para o ser humano, no que diz respeito à dignidade humana, levando em consideração a Constituição da República Federativa do Brasil e a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Ao analisar o princípio da dignidade da pessoa, será abordado a aplicabilidade do princípio, suas dificuldades e as concretas aplicações para promoção de uma vida digna.

No decorrer do trabalho será apontado que a Dignidade da pessoa, embora tenha uma força normativa enorme, ainda estamos distantes de uma realidade em que esse postulado seja atendido mesmo que minimamente.

Por fim, será demonstrado que a Dignidade da pessoa é de fato programática, que clama por efetivação, ao menos naquilo que constitui o mínimo existencial.

2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: PRINCÍPIO ESTRUTURADOR DE TODO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O princípio da dignidade da pessoa é reconhecido pela sua magnitude, pelo seu valor absoluto perante a Constituição Federal de 1988.

O sentido de todo o ordenamento jurídico encontra-se no valor da dignidade da pessoa, sendo um super princípio, sem que haja nenhum outro princípio tão valioso para a Constituição que o da dignidade humana.

Como bem conceituou Immanuel Kant (1968, p. 59-60):

[...] no sentido de que o homem, por ser pessoa (e não coisa), constitui um fim em si mesmo e, portanto, não pode ser considerado como simples meio, de tal sorte que vedada a sua instrumentalização, concepção esta que, ao que parece,

restou definitivamente integrada (muito embora a permanente discussão em torno do tema) ao pensamento filosófico e jurídico ocidental. Neste contexto, cumpre destacar que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar a possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como expressão da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente. Ainda nesta linha de entendimento, houve até mesmo quem afirmasse que a dignidade representa "o valor absoluto de cada ser humano, que, não sendo indispensável, é insubstituível.

3 DIREITO À VIDA: DIREITO E GARANTIA FUNDAMENTAL

Os Direitos Fundamentais surgiram na Declaração da Constituição americana de 1786 e solidificou com a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948.

A Constituição Federal de 1988, prescreve em seu art. 5º os direitos individuais e sociais:

Art.5º 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.

Como conceitua Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (LEITE, 2009, p. 119).

Direitos fundamentais são direitos públicos-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual. Esta definição permite uma primeira orientação na matéria ao indicar alguns elementos básicos, a saber: (a) os sujeitos da relação criada pelos direitos fundamentais (pessoa vs. Estado); (b) a finalidade desses direitos (limitação do poder estatal para preservar a liberdade individual); (c) sua posição no sistema jurídico, definida pela supremacia constitucional ou fundamentalidade formal.

Os direitos e garantias possibilitam condições adequadas para uma melhor convivência em uma sociedade democrática de direito. É necessário fazer uma distinção entre direito e garantia.

Direito – são disposições declaratórias de poder sobre determinados bens e pessoas.

Garantia – É um mecanismo de efetivação, de proteção e defesa dos direitos.

Como diz Alexandre de Moraes (2011, p. 80-81):

O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois o seu asseguramento impõe-se, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal assegura, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência. O direito humano fundamental à vida deve ser entendido como direito a um nível de vida adequado com a condição humana, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médico-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais. O Estado deverá garantir esse direito a um nível de vida adequado com a condição humana respeitando os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e, ainda, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e erradicando-se a pobreza e a marginalização, reduzindo, portanto, as desigualdades sociais e regionais. Dessa forma, ao Estado cria-se uma dupla obrigação: - obrigação de cuidado a toda pessoa humana que não disponha de recursos suficientes e que seja incapaz de obtê-los por seus próprios meios; - efetivação de órgãos competentes públicos ou privados, através de permissões, concessões ou convênios, para prestação de serviços públicos adequados que pretendam prevenir, diminuir ou extinguir as deficiências existentes para um nível mínimo de vida digna da pessoa humana.

4 A PROTEÇÃO DO DIREITO À VIDA INTRAUTERINA E EXTRA-UTERINA

No nosso ordenamento jurídico, a vida inicia-se desde a concepção ou fecundação do embrião, dessa forma a proteção do nascituro não fica condicionada ao nascimento com vida.

A Constituição Federal proclama em seu art. 5º o direito à vida como garantia fundamental e inviolável, e estende a proteção à vida intrauterina, de forma que

o embrião tenha sua vida protegida desde sua formação, garantindo este direito e assegurando-o indistintamente.

O mestre José Afonso da Silva ensina (1994, p.182):

O respeito à vida humana é a um tempo uma das maiores ideias de nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica. É nele que repousa a condenação do aborto, do erro ou da imprudência terapêutica, a não aceitação do suicídio. Ninguém terá o direito de dispor da própria vida, a fortiori da de outrem e, até o presente, o feto é considerado um ser humano.

Escreve o Constitucionalista Alexandre de Moraes (2011, p. 85-86):

A Constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive a uterina, pois a gestação gera um *tertium* com existência distinta da mãe, apesar de alojado em seu ventre. Esse *tertium* possui vida humana que iniciou-se com a gestação, no curso da qual as sucessivas transformações e evoluções biológicas vão configurando a forma final do ser humano. A penalização do aborto (CP, art. 124) corresponde à proteção da vida do nascituro, em momento anterior ao seu nascimento. A Constituição Federal, ao prever como direito fundamental a *proteção à vida*, abrange não só a vida extrauterina, mas também a intra-uterina, pois qualifica-se com verdadeira *expectativa de vida exterior*. Sem o resguardo legal do direito à vida intrauterina, a garantia constitucional não seria ampla e plena, pois a vida poderia ser obstaculizada em seu momento inicial, logo após a concepção. A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 22-11-1969 e ratificada pelo Brasil em 25-9-1992, em seu art. 4º, estipula "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."

[...] O código Penal brasileiro, em seu art. 128, expressamente prevê a possibilidade do *aborto terapêutico e aborto sentimental ou humanitário*, da seguinte forma: *Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal*. A Legislação brasileira não prevê a possibilidade do aborto eugenésico, ou seja, quando há sério e fundado perigo para o filho, seja em virtude de uma grave

predisposição hereditária, seja por doenças maternas, durante a gravidez ou, ainda, por qualquer ou fator externo (álcool, drogas, radiação, medicamentos etc.) que *possam acarretar enfermidades psíquicas, corporais, deformidades*. Entendemos em relação ao aborto que, além das hipóteses já permitidas pela lei penal, na impossibilidade de o feto nascer com vida, por exemplo, em casos de acrania (ausência de cérebro) ou, ainda, comprovada a total inviabilidade de vida extrauterina, por rigorosa perícia médica, nada justificaria sua penalização, uma vez que o direito penal não estaria a serviço da finalidade constitucional de proteção à vida, mas sim estaria ferindo direitos fundamentais da mulher, igualmente protegidos: **liberdade e dignidade humanas**. Dessa forma, a penalização nesses casos seria de flagrante inconstitucionalidade.

5 RELATIVIZAÇÃO DA VIDA NOS CASOS DE ESTUPRO – CAUSANDO A DISCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

A constituição Federal protege o direito à vida em cláusula pétrea (art.5º).

No Brasil, atualmente, aborto é crime. Podemos abordar que quanto ao aborto existe as exceções nos artigos 128, incisos I e II do código penal brasileiro: se não há outro meio de salvar a vida da gestante, a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

A Declaração dos Direitos do Homem, deixa bem claro que liberdade é fazer tudo o que não prejudica o outro, com base nisso, pode-se dizer que compete ao Estado intervir mediante punições, àqueles que tentarem prejudicar a vida do nascituro, com caprichos ideológicos, socioeconômicos ou até mesmo estético.

Como diz Maria Helena Diniz (2007, p. 60-61)

A maioria das mulheres que engravidam por estupro acaba resignando-se, por vergonha e para não se expor publicamente, a levar a termo uma gravidez que lhes foi brutalmente imposta, e cujo produto, o filho que terão, lembrar-lhes-á pelo resto da vida a violência de que foram vítimas, ou, provavelmente, recorrem ao aborto clandestino, que traz consequências desastrosas à sua integridade física e psíquica. Isso é assim porque na grande maioria dos casos não se dá às vítimas de violência sexual nenhuma assistência ou garantia, abandonando-as à própria sorte. Algumas clínicas só as atendem se munidas de autorização judicial para o aborto ou de ocorrência policial da época agressão e se sua idade gestacional permitir o procedimento abortivo, o que as leva a arriscar a vida em estabelecimento de aborto clandestino.

Urge que o Poder Público assumira o problema da violência sexual, que é seu e não da vítima. Partindo desse contexto, a partir de 1989, procurou-se desenvolver um programa público no País para melhor atender as gestantes de até 12 semanas no procedimento de aborto sentimental, por iniciativa da Assessoria da Saúde da Mulher da Prefeitura do Município de São Paulo, através da Portaria n. 692/89, que incluiu na Lei Orgânica do Município o seguinte: " Dispõe obrigatoriamente a rede hospitalar do Município de atendimento médico para o procedimento de abortamento, nos casos de exclusão de pena, previsto no Código Penal". Apresentado o boletim de ocorrência, com laudo do Instituto Médico Legal, a paciente, acompanhada de seu representante legal, se incapaz, será encaminhada a uma entidade, onde receberá orientação de assistentes sociais, que esclarecerão dúvidas, a psicólogas, que avaliarão suas condições emocionais, e a médicos, os quais, mediante consulta ginecológica, atestarão a gestação e procederão a exame ultra-sonográfico para registrar o tempo de gravidez, confrontando-o com a data do estupro. Farão ainda uma avaliação clínica, colhendo sorologia para sífilis e AIDS, como proteção contra doenças transmissíveis sexualmente, preservando material para identificação do agressor e efetuando, se necessário for, esfregaço vaginal, hemograma, testes de coagulação, tipagem sanguínea a fator R.h. Se a gestante for portadora de alguma patologia, procurar-se-á avaliar os possíveis riscos inerentes à anestesia a ser usada durante a prática abortiva, feita com pinça de Winter, seguida de curetagem, ou por aspiração da cavidade uterina, pela técnica de Karman, sendo que a paciente Rh negativo receberá imediatamente a imunoglobina para a prevenção da isoimunização Rh. Algumas pacientes são induzidas previamente com misoprostol, apresentando um colo uterino mais dilatado. Com isso o aborto será menos traumático e menores os riscos de sequelas. Os métodos que atendem pacientes em serviços de pronto-atendimento, logo depois do estupro, deverão prescrever-lhes a pílula do dia seguinte ou medicamentos do tipo estrógeno ou progesterona, em doses altas, para interromper a gestação indesejada. Dessa forma foi dado um passo decisivo para assegurar às mulheres vítimas de violência sexual o direito a uma assistência médica, psicológica e social digna e segura, na rede pública de saúde, pois hoje dez Estados brasileiros, em hospitais públicos, já mantêm esse serviço em funcionamento.

6 CONCLUSÃO

Vimos que o princípio da dignidade da pessoa tem uma relação muito íntima com os direitos fundamentais, intensificando-os com o direito à vida. E, com esse contexto não podemos deixar de ressaltar as dificuldades e os conflitos encontrados entre esse princípio e o direito à vida.

Entretanto, constatamos na realidade em que vivemos situações emergenciais, sendo necessário, aplicações de medidas preventivas, protetivas e de acompanhamento as vítimas de estupro, para que não venham prejudicar a sua própria vida e a vida que a por vir.

Portanto, cabe ao estado investir numa política com infraestrutura decente na área da saúde, orientando e capacitando seus profissionais para aplicar uma política assistencial a essas vítimas, até porque trata-se de uma questão de saúde pública e tratar a vida humana com mais respeito e dignidade, levando em consideração que a vida desde a sua fecundação deve ser respeitada e defendida conforme rege nosso texto Constitucional.

7. REFERÊNCIAS

DINIZ, Maria Helena. **O estado natural do Biodireito**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LEITE, George Salomão. **Direitos fundamentais e estado constitucional: Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho**, Co-edição. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. Teoria Geral, Doutrina e Jurisprudência. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

Data do recebimento: 22 de abril de 2018

Data da avaliação: 11 de junho de 2018

Data de aceite: 15 de junho de 2018

1 Mestrando pela UNIFG; Pós-Graduado em Direito Público Material pela Universidade Gama Filho e em Penal e Processo Penal pela Faculdade Maurício de Nassau/Escola Superior de Magistratura de Pernambuco; Professor de Direito Tributário, Direito Penal e Prática Jurídica na Faculdade Integrada de Pernambuco – FACIPE; Assessor de magistrado (TJPE). E-mail: eribertocordeiro@yahoo.com.br

2 Bacharelanda em Direito pela Faculdade Integrada de Pernambuco – FACIPE; Técnica Judiciária e Chefe de Secretaria (TJPE). E-mail: carlacibele28@yahoo.com.br

