

O princípio da dignidade da pessoa humana e a colisão entre direitos fundamentais na criminalização do aborto: uma análise em busca de um mandamento de (des)criminalização

The principle of human dignity and the collision between fundamental rights in the criminalization of abortion: an analysis in search of a (de)criminalization command

Patrícia Freitas Firme

Discente do curso de Direito (UNIPAM)
E-mail: patriciaffirme@unipam.edu.br

Helen Correa Solis Neves

Professora orientadora (UNIPAM)
E-mail: helensolis@unipam.edu.br

Resumo: A discussão que paira sobre o aborto segue inflamada, sobretudo em um momento de ascensão do conservadorismo em diversas partes do globo. No Brasil, fato que contribui com a discussão sobre o aborto é o trâmite da ADPF 442 proposta com vistas à descriminalização até a 12ª semana gestacional. O presente artigo analisa se o princípio da dignidade da pessoa humana conduz a uma resposta constitucionalmente adequada sobre o tratamento que deve ser dado ao tema. Através da pesquisa bibliográfica, dedutiva e indutiva, foi possível concluir que o princípio da dignidade da pessoa humana guarda maior relação com o direito à autonomia privada que com o direito à vida.

Palavras-chaves: Interrupção voluntária da gestação. Princípios fundamentais. Conflito de direitos.

Abstract: The ongoing discussion about abortion is still hot, especially at a time when conservatism is on the rise in various parts of the globe. In Brazil, a fact that contributes to the importance of the discussion about abortion is the ADPF 442 procedure proposed with a view to decriminalization until the 12th gestational week. This article examines whether the principle of human dignity leads to a constitutionally adequate response to the treatment that should be given to the theme, whether human dignity as a fundamental value of the Brazilian Democratic State, which informs the entire legal order, emanates a command that leads to decriminalization or criminalization. Through the bibliographical, deductive and also inductive research, it was possible to conclude that the principle of human dignity is more related to the right to private autonomy than to the right to life.

Keywords: Voluntary termination of pregnancy. Fundamental principles. Conflict of rights.

1 INTRODUÇÃO

A discussão que envolve a (des)criminalização do aborto é um dos temas de maior controvérsia no direito contemporâneo, pátrio e alienígena. A tendência ocidental da flexibilização da criminalização ocorrida a partir da segunda onda feminista na década de 70 não encerrou a discussão nem mesmo nos países em que se decidiu pelo abrandamento da lei. No Brasil, a tipificação da conduta abortiva voluntária permanece como regra e, em 2017, o PSOL (Partido Socialismo e Liberdade) propôs a ADPF 442, requerendo a declaração de não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal, com vistas à descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação.

O princípio da dignidade da pessoa humana é a égide sob a qual foi fundado o Estado Democrático de Direito Brasileiro, a partir da Constituição de 1988. Internalizado na maior parte das constituições do Ocidente no pós Segunda Guerra, esse princípio assume diversas acepções. A análise que se pretende fazer neste trabalho busca interpretar a interrupção voluntária da gestação a partir da concepção da dignidade enquanto valor e princípio que confere unidade de sentido e concordância prática a todo o sistema constitucional.

O objetivo é analisar qual o caminho a dignidade da pessoa humana aponta: à criminalização ou à descriminalização. Parte-se do pressuposto de que dignidade é um mandamento normativo que incide e ordena todo o sistema de direitos fundamentais, mas que não é um valor absoluto e capaz de por si só justificar a criminalização ou descriminalização do aborto.

Para analisar a direção que o princípio da dignidade da pessoa humana conduz em relação ao tratamento que deve ser dispensado ao aborto no Brasil, em um primeiro momento, será necessário introduzir brevemente a história e evolução do conceito da dignidade da pessoa humana. Em seguida, será feita a análise da relação entre o direito à vida, o direito à autonomia privada e a dignidade da pessoa, buscando estabelecer qual o conteúdo de dignidade da pessoa há no direito à vida do nascituro e no direito à autonomia da mulher.

Por fim, será analisada a possibilidade de se afirmar que, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, há um mandamento de criminalização ou descriminalização do aborto.

2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO PENSAMENTO OCIDENTAL: BREVES APONTAMENTOS

O intuito, nesta seção, é fornecer o aporte mínimo necessário ao entendimento da construção da dignidade da pessoa humana no pensamento filosófico e jurídico. Não se pretende, portanto, realizar uma abordagem completa e aprofundada, mas ampla, identificando os principais autores e suas contribuições para o sentido do que se entende por dignidade da pessoa humana na contemporaneidade.

No período compreendido entre a Roma Antiga e o surgimento do Estado Liberal, a dignidade era uma característica própria daqueles que desfrutavam de *status* pessoal superior ou das instituições proeminentes (MCCRUDDEN, 2008). A *dignitas*, expressão grega, era sinônimo de valor, honra ou apreço, qualidade atribuída a alguém em razão de uma posição privilegiada (NOVAIS, 2015).

Em uma sociedade hierarquizada, a dignidade era uma característica própria da nobreza, de uma forma geral. Manteve-se dissociada de direitos humanos até o início do século XVIII, sendo, ainda, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, relacionada com ocupações e posições públicas. Nos Estados Unidos, nos Artigos Federalistas, dignidade dizia respeito a cargos, ao governo ou à nação como um todo (BARROSO, 2014). A este sentido de dignidade dava-se o significado de algo contingente, que se podia ter ou não, que se podia merecer, era condicionado.

A concepção atual de dignidade da pessoa humana, diversamente da anteriormente citada que é contingencial, pressupõe a igualdade entre todos os seres humanos e advém da crença de que cada ser humano possui um valor próprio. Atribui-se a ideia de valor intrínseco do ser humano ao pensamento clássico e cristão, a despeito da insuficiência de informações sobre outras religiões que assim também possam tê-lo feito (SARLET, 2012).

O antigo e o velho testamentos da Bíblia mencionam a natureza diferenciada do ser humano em relação aos demais animais em razão de terem sido criados à imagem e semelhança de Deus. Na renascença, Pico (2015) adicionou à concepção de dignidade humana o caráter racional do ser humano. No seu entender, além de ser criado à semelhança de Deus, o ser humano, diferente das demais criaturas, possui a racionalidade, qualidade que permite construir de forma independente sua própria existência.

Tomás de Aquino (*apud* SARLET, 2012) reafirmou a dignidade em razão da criação do ser humano à imagem do Deus bíblico, mas também reconheceu que a dignidade assenta-se na capacidade de autodeterminação, inerente à natureza humana. Desse modo, compreendeu que, em razão da dignidade, o ser humano é livre por natureza e, portanto, existe em função da sua própria vontade.

É em Pufendorf que a dignidade passa a ser desvinculada da concepção jusnaturalista e religiosa, que trata a dignidade como algo inerente ao ser humano em razão da sua natureza e sua semelhança com o Deus dos cristãos. Para ele, a dignidade da pessoa humana está vinculada à liberdade moral, pois é esta – e não a natureza humana em si – que confere dignidade ao homem (*apud* SARLET, 2012). E em Kant a secularização da dignidade da pessoa humana se completa (*apud* SARLET, 2012).

Em Kant (1986, p. 85) a autonomia é o fundamento da dignidade da pessoa humana e de toda a natureza racional. O filósofo entende que a autonomia consiste em poder escolher entre as opções que sejam alvo do querer do indivíduo. *In verbis*: “O princípio da autonomia é portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal”.

Logo, no entendimento de Kant (1986), a autonomia implica optar pela decisão que, por meio da razão, leve ao agir correto. A norma proveniente dessa decisão seria geral e não circunstancial ou aleatória. Segundo ele, para que a dignidade se concretize, é necessário que as normas às quais o indivíduo se submeta sejam universais e

adequadas a ele, de tal modo que ele mesmo, por meio da razão, seja capaz de elaborá-las.

Para o filósofo de Königsberg, a dignidade da pessoa humana é, portanto, essencialmente ligada à liberdade de escolha. A liberdade que requer o respeito à dignidade é qualificada pela ausência de paixões e domínio apenas da razão. Nessa perspectiva, teoriza que o ser humano só deve ser tratado como fim em si mesmo e jamais como meio. O caminho adequado para alcançar esse tratamento de fim seria a elaboração de uma normatividade que respeitasse o indivíduo e antecipasse sua vontade na construção dessas normas, pressupondo que ele assim as queria se as elaborasse.

Sendo assim, a dignidade em Kant (1986) está intrinsecamente voltada ao quão respeitada e considerada é a liberdade do indivíduo e às escolhas que faria para si quando no uso da razão.

Inspiradas no pensamento de Kant, a doutrina nacional e a estrangeira contemporâneas formulam o conceito de dignidade da pessoa humana, não se podendo, contudo, apontar em que medida a dignidade da pessoa humana se identifica com a dignidade do filósofo alemão, no atual momento político e social (*apud* SARLET, 2012).

A dignidade em Dworkin (2002) é relacionada ao consciente da coletividade, marco de sua filosofia. No pensamento dele, ter dignidade é ser tratado de modo que sejam respeitados os interesses críticos que o indivíduo tem sobre sua vida, suas escolhas, seus projetos de vida. Em Dworkin, a dignidade relaciona-se intimamente com a autonomia de decisão. Para esse autor, respeitar a dignidade de alguém é permitir a autodeterminação, a maneira como cada pessoa escolhe viver (DWORKIN, 2002). Nessa linha de pensamento, a dignidade está estritamente ligada à autonomia individual, que decorre do direito de cada pessoa de não ser obrigada a viver uma vida que não é importante para si.

Ainda que a ideia de dignidade da pessoa humana tenha origens remotas, a incorporação dela nas Constituições se deu somente ao final da segunda década do século XX, começando com a Constituição do México (1917) e com a Constituição alemã da República de Weimar (1919). No período pós-bélico, a dignidade foi incorporada a documentos internacionais, como a Carta das Nações Unidas (1945) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que exercem um papel central nos debates atuais sobre direitos humanos. Após a Segunda Guerra Mundial, numerosas constituições incluíram a dignidade da pessoa em seus ordenamentos jurídicos – Alemanha, Itália, Japão, Portugal, Espanha, África do Sul, Brasil, Israel, Hungria, Suécia, entre muitos outros (BARROSO, 2014).

Em alguns países, referências à dignidade humana são feitas nos preâmbulos das Constituições, o que não impede a eficácia desse mandamento jurídico. No Canadá, por exemplo, a Suprema Corte tem empregado a dignidade da pessoa humana em várias decisões. Nos Estados Unidos e na França, sequer há referência textual à dignidade na Constituição, entretanto essa ausência de disposição expressa não obsta a invocação da força normativa desse princípio nas decisões proferidas pela Suprema Corte e pelo Conselho Constitucional (BARROSO, 2014).

Na Alemanha, a Lei Fundamental de 1949 dispõe, no artigo I, que a dignidade humana é inviolável. A jurisprudência e a teoria desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal e pelos juristas alemães exercem influência em decisões judiciais

e em escritos doutrinários por todo o mundo. A interpretação dada pelo Tribunal à dignidade humana é de que se trata de valor constitucional com superioridade hierárquica aos demais, representando um valor supremo (SANTOS, 2018), sob o qual cada um dos outros dispositivos deve ser interpretado. É considerada como fundamento de todos os direitos fundamentais básicos (BARROSO, 2014)

Na França, a dignidade humana não aparece no texto da Constituição de 1958. Mas, em 1994, o Conselho Constitucional francês entendeu que a dignidade da pessoa era um princípio constitucional, e a doutrina francesa se refere à dignidade humana como um elemento intrínseco e que informa todo o direito francês. Um elemento essencial, fundamento de todos os direitos fundamentais (BARROSO, 2014).

Nos Estados Unidos da América, a dignidade da pessoa humana não foi expressamente prevista na Constituição (SANTOS, 2018). Apesar disso, a Suprema Corte vem adotando a dignidade na fundamentação de suas decisões e correlacionando-a com a noção de autonomia, sob a perspectiva de identidade pessoal e liberdade negativa. A dignidade na América, a despeito de não haver um conceito delimitado, é vista como elemento central para a consecução da liberdade protegida pela décima quarta emenda (SANTOS, 2018). *In verbis*, a seção I da XIV emenda prevê:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência, Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis. (*apud* SANTOS, 2018)

Apesar de não ter sido invocada nos primeiros casos paradigmáticos do tema, como *Griswold v. Connecticut* (ESTADOS UNIDOS, 1965), que invalidou uma lei que proibia o uso de contraceptivos por pessoas casadas, e *Roe v. Wade* (ESTADOS UNIDOS, 1973), que assegurou o direito da mulher realizar um aborto nos dois primeiros trimestres da gravidez, pode-se deduzir que as ideias centrais das decisões desses casos são essenciais à ideia de dignidade como a autonomia individual e a liberdade para realizar as escolhas pessoais (BARROSO, 2014).

Posteriormente, em *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (ESTADOS UNIDOS, 1992), tratando novamente sobre o aborto, e depois em *Lawrence v. Texas* (ESTADOS UNIDOS, 2003), sobre o direito à intimidade de casais do mesmo sexo, a dignidade tomou maior espaço nas fundamentações dos votos (BARROSO, 2014).

Ficou demonstrado, diante de todo o exposto, que a dignidade humana vem tomando força enquanto princípio argumentativo e normativo em vários países estrangeiros.

3 CONTEÚDO, SIGNIFICADO E FUNÇÕES DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO BRASIL

A primeira menção à dignidade no Brasil em um texto constitucional ocorreu na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, inserida entre os princípios da ordem econômica e social.

Art 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica. (BRASIL, 1934).

Influenciada pela Constituição de Weimar de 1919, a Constituição de 34 foi uma das poucas a fazer referência expressa à dignidade antes do pós Segunda Guerra Mundial. A partir desse marco, várias constituições passaram a consagrar expressamente a dignidade da pessoa humana, em reação às atrocidades praticadas pelos regimes totalitários (SARLET, 2017).

A forma posta na Constituição de 1988, entretanto, foi intencionalmente diferenciada. Promulgada em um período imediatamente pós-autoritário e pós Segunda Guerra Mundial, a Constituição Cidadã contou com a consagração da dignidade da pessoa humana na condição de princípio fundamental. O título destinado a esses princípios foi topograficamente privilegiado; o primeiro título trata de uma determinação do legislador de que na nova ordem essas normas teriam importância precípua (SARLET, 2012, p.60).

Nas palavras deste autor (SARLET, 2012, p. 99):

O Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode – e neste ponto parece haver consenso- denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material.

Em razão de ser um princípio que visa a proporcionar uma proteção integral à pessoa humana (SARMENTO, 2016) e, por conseguinte, ser uma norma de incidência ampla, a conceituação da dignidade da pessoa humana é uma tarefa árdua. Para Sarlet (2012, p. 99):

(a) dignidade da pessoa humana (é) a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as

condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Sarmiento (2016) propõe uma definição mais abrangente e concreta do significado do princípio da dignidade da pessoa humana na ordem jurídica brasileira. Para ele, o conteúdo essencial desse princípio compreende o valor intrínseco da pessoa, a autonomia, o mínimo existencial e o reconhecimento. Por ter a pessoa valor intrínseco, veda que ocorra a sua instrumentalização em proveito de interesses de terceiros ou de metas coletivas (SARMENTO, 2016).

Nesse sentido, a dignidade pressupõe igualdade entre todos os sujeitos e requer a universalidade do respeito de cada um. Essa dimensão da dignidade é o sentido contemporâneo de dignidade humana e dela resulta a necessidade de combater a visão cultural brasileira que condiciona a dignidade à posição social que o indivíduo ocupa na sociedade (SARMENTO, 2016).

A autonomia, outro aspecto apontado por Sarmiento (2016), está contida na acepção de dignidade, na medida em que requer que a pessoa possa ter autodeterminação individual e pública, relacionada à democracia, o direito de escolha dos seus representantes. Logo, a autonomia contida na dignidade da pessoa humana requer que a pessoa seja tomada como agente autônomo, capaz de tomar as decisões que sejam mais convenientes para si (SARMENTO, 2016). Na perspectiva pública, a autonomia significa liberdade de escolha de representantes políticos que irão elaborar a normatividade conforme as expectativas do indivíduo representado.

Esse aspecto da dignidade também é desenvolvido em Kant (1986). Na fundamentação à metafísica dos costumes, o filósofo prussiano desenvolve a dignidade enquanto possibilidade de o sujeito escolher a quais normas será submetido através de seu representante democrático. Nesse sentido, para que o sujeito tenha autonomia pública, é necessário que o Estado oportunize a escolha democrática, a efetividade da representação e que dê ao sujeito a capacidade de escolher os legisladores, livre de dominações ideológicas e religiosas.

Quanto ao mínimo existencial, o princípio da dignidade da pessoa humana requer que, para uma existência digna, deve haver a garantia de condições materiais indispensáveis à existência digna (SARMENTO, 2016).

E, por fim, a dimensão do reconhecimento se conecta com o respeito à identidade individual e coletiva das pessoas nas instituições, práticas sociais e relações intersubjetivas (SARMENTO, 2016). Esse último desdobramento da dignidade apontado por Sarmiento (2016) pressupõe que a individualidade do sujeito deve ser respeitada e tratada com igual importância em relação aos demais. Do mesmo modo, deve se respeitar a coletividade dos grupos específicos e conferir igual dignidade.

Um aspecto que merece ser mencionado, ainda que breve, diz respeito à natureza da positivação da dignidade e a discussão sobre a classificação enquanto regra ou princípio, tomando-se em conta os contornos de Alexy (2008). Sem adentrar na divergência que paira nesse ponto, cumpre observar que a Constituição optou expressamente por conferir o caráter principiológico à dignidade da pessoa humana. O

fato de ser princípio, contudo, não retira o caráter jurídico normativo da dignidade da pessoa humana e do seu reconhecimento na ordem constitucional. Ademais, a forma principiológica é a que mais se adapta ao valor fundamental geral da dignidade para toda a normatividade, forma que outorga a ela maior pretensão de eficácia e efetividade (SARLET, 2012).

Outro elemento relevante para a compreensão da dignidade no direito brasileiro decorre da declaração expressa na Carta quanto aos objetivos fundamentais do Brasil e da concepção de ordenamento jurídico como integridade. Ao fixar como objetivos da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, é adequada a afirmação de que a Constituição elegeu a dignidade como valor essencial que lhe doa unidade de sentido (PIOVESAN, 2005).

Sarlet (2012), no mesmo sentido, afirma que uma primeira função da Constituição relaciona-se com o fato de a dignidade da pessoa humana ser considerada elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional.

Essa constatação requer o reconhecimento de que a dignidade implica um dever de interpretação de toda a ordem jurídica a partir de seu sentido. Ademais, a dignidade assume ainda posição de tarefa e limite do Estado e da comunidade em geral. Sendo assim, enquanto tarefa, a dignidade requer do Estado a atuação, que crie deveres de tutela. Os órgãos estatais devem proteger a dignidade de todos e ainda tomar medidas positivas, prestações que garantam a observância à dignidade. Logo, os direitos sociais devem ter efetividade, é dever do Estado a garantia (NOVAIS, 2015).

Como limite, a dignidade gera ao Estado e aos particulares o dever de respeito ao indivíduo, sua autodeterminação, devendo se limitar, abster-se de condutas e de normatividades que interfiram nessa esfera.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a dignidade humana tem sido usada correntemente, sobretudo na fundamentação de decisões de ações constitucionais que envolvem direitos fundamentais. Ocorreu no reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar, na decretação do estado de coisas inconstitucional e no julgamento da constitucionalidade da política de cotas para negros para concursos públicos federais.

Visto esse ponto, passa-se então à análise da dignidade da pessoa humana enquanto princípio norteador da hermenêutica jurídica, a relação entre a dignidade e o direito à vida do nascituro e a dignidade e a autonomia privada da mulher.

4 RELAÇÃO ENTRE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DIREITO À VIDA DO NÃO NASCIDO E DIREITO À AUTONOMIA PRIVADA DA MULHER

O princípio da dignidade da pessoa humana, como visto, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, razão pela qual informa todo o

ordenamento jurídico. Por isso assume diversas funções, dentre elas a de auxiliar na solução de conflitos existentes entre bens jurídicos, ponderando-os, na medida em que é também critério que direciona a hermenêutica constitucional (SARMENTO, 2016).

Apesar de salientar a função de ponderação de valores fundamentais em colisão, é válido lembrar a lição de Sarmento segundo a qual a dignidade não é um critério único nem final para tal fim, nem mesmo “encerra algum tipo de algoritmo matemático que permita o equacionamento mecânico de todas as colisões constitucionais – até mesmo pela dificuldade de se conhecer a direção e, que o princípio aponta em cada caso.” (SARMENTO, 2016, p. 81).

Somando-se a esse entendimento, Sarlet (2017) leciona que a limitação a direitos fundamentais deve guardar observância à proporcionalidade, de modo a evitar a proteção insuficiente de um dos bens jurídicos em conflito. Sendo assim, independentemente de qual direito fundamental a dignidade proteger no contexto de colisão do aborto, entre a vida do nascituro e a autonomia das mulheres, é necessário que sejam estabelecidos critérios rigorosos para que o bem sacrificado não seja demasiadamente desprotegido.

Dito isso, passa-se à análise da dignidade da pessoa humana em busca de um mandado de criminalização ou descriminalização da interrupção voluntária da gestação.

Para Sarlet (2017), a relação mais forte que o direito à vida estabelece é com a dignidade da pessoa humana. Decorre do valor que o bem jurídico vida assume na ordem jurídica e para a pessoa. Segundo este autor, "a vida é o substrato fisiológico (existencial no sentido biológico) da própria dignidade, mas também de acordo com a premissa de que toda vida humana é digna de ser vivida".

Entretanto, pondera esse autor que, para a garantia da dignidade, não é necessário que se preserve a vida humana integralmente, sendo possível que, em alguns casos, um esteja em conflito com o outro. Exemplo de conflito entre a dignidade da pessoa humana e direito à vida é a autorização de aborto de feto anencéfalo e eutanásia (SARLET, 2017).

Guedes (2013, *online*), por outro lado, interpreta que o direito à vida é pressuposto dos demais direitos, razão pela qual tem maior importância na ordem jurídica. Para ele,

não há como falar em liberdade ou igualdade onde não haja vida. De fato, não se pode ser igual nem livre se não se vive. Portanto, só na corrupção mais ingênua de nossos tempos, é que conseguimos submeter a vida humana, sem mais e indistintamente, ao império de outros valores. Infelizmente, ainda que se negue em teoria, é essa a retórica que nós brasileiros preferimos com a prática de nossos atos. (GUEDES, 2013)

Novais (2015) pondera que a vida humana tem valores distintos se comparadas as fases intrauterinas com as das pessoas já nascidas. Ele entende que o valor igual da vida em quaisquer situações só pode ser atribuído por aqueles que concebem a vida com algo de caráter divino.

De modo semelhante, argumenta-se na ADPF 442 (BOITEUX *et al*, 2017), que busca a descriminalização do aborto até a 12ª semana gestacional. Alegou o autor dessa ação que a vida humana em formação é bem juridicamente tutelado, posição reconhecida pelo Supremo no julgamento da ADI 3510 (BRASIL, 2008). Entretanto, conforme também foi decidido no julgamento do caso da lei de biossegurança, ação que visava à inconstitucionalidade do artigo 5º da referida lei com vistas à proibição de pesquisas com células-tronco embrionárias, a proteção do nascituro é gradativa, aumentando-se à medida que se torna viável.

Dworkin (2003), de modo parecido, assinala que toda vida humana, independentemente de qual seja seu estágio de evolução, é digna de respeito e consideração. Entretanto, esse autor observa que deve a liberdade de decidir sobre a manutenção de uma gestação se sobrepor à vida recém concebida. Para ele, essa constatação decorre do fato de que a liberdade para decidir sobre a vida e a morte é a mais essencial das decisões que alguém pode tomar na vida e, portanto, não deve ser impossibilitado de fazê-las por si (DWORKIN. 2003).

Em análise sobre a esfera de incidência da dignidade, Sarlet (2007) observa que a dignidade tem duas dimensões, uma negativa e outra positiva. A primeira exige o respeito à autodeterminação da pessoa, a possibilidade de tomar as decisões essenciais sobre a própria vida. É direcionada aos particulares e ao Estado. O outro aspecto da dignidade diz respeito à necessidade de proteção da pessoa por meio de prestações, de prover meios necessários à garantia de condições econômicas mínimas à existência digna.

Desse modo, entende-se que a dignidade tem um aspecto que requer o não agir estatal e dos particulares para respeito à autonomia do sujeito. Por outro lado, há a necessidade de fornecer meios básicos necessários à dignidade, como alimentação, moradia e saúde.

Retomando a análise do significado da dignidade de Kant (1986), é marcante a importância da racionalidade e da autonomia. Esse filósofo toma como necessário que o indivíduo não esteja sujeito a dominações, para que seja respeitada sua dignidade. Ademais, sua vontade deve ser considerada na elaboração das leis por seus representantes políticos.

Logo, para Kant (1986), a dignidade está intrinsecamente ligada à racionalidade do ser humano e condicionada à liberdade de se determinar. Uma vez retirada do indivíduo a possibilidade, faculdade, de escolha do que é melhor pra si, torna-se indigno.

Em Hegel, a dignidade está ligada à possibilidade do indivíduo de exercer sua autonomia (HEGEL *apud* WEBER, 2014). Weber assinala que na filosofia hegeliana o indivíduo não é fim em si mesmo se não pode se autodeterminar.

Barroso (2014, p. 23-27), em busca de um conceito universal de dignidade da pessoa humana, aponta três elementos como sendo essenciais, quais sejam: o valor intrínseco da pessoa, a autonomia da vontade e o valor comunitário. O primeiro diz respeito à dimensão ontológica da dignidade, o valor intrínseco ou inerente à pessoa. O segundo corresponde à característica ética da dignidade, ligada à razão e ao exercício da vontade, “o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições

externas indevidas”. E, por fim, o terceiro caractere da dignidade seria o elemento social, que funcionaria como uma “construção externa à liberdade individual”.

O segundo elemento apontado por Barroso (2014) se assemelha ao entendimento de Dworkin (2006), que subdivide a dignidade em dois outros: o primeiro, o princípio intrínseco ou de reconhecimento da importância de cada projeto de vida individual; o segundo, da responsabilidade pessoal que pode ser traduzido em proteção da autonomia individual na persecução de um projeto de vida.

Em síntese, para Dworkin, a dignidade de um ser humano se baseia nos direitos de igualdade, na medida em que todos os projetos de vida têm o mesmo valor, e em liberdade, uma vez que a cada pessoa deve ser dada a possibilidade de escolher seu projeto de vida e realizá-lo (DWORKIN *apud* FERNANDES, 2019).

Em Dworkin (2002), como mencionado, a dignidade também tem forte viés autônomo. Para ele, a indignidade é o resultado de uma vida em que o sujeito vive em desacordo com o que entende como valioso para si, uma vida que, na sua subjetividade, não faz sentido ser vivida. Disso decorre a constatação de que, na concepção desse filósofo, caso a normatividade, por meio do Estado, sujeite as pessoas a projetos de vida que para elas não tem valor, estará impelindo-as à indignidade. É necessário, nessa perspectiva, o respeito à individualidade e não intervenção estatal no direito de se autodeterminar de cada ser humano.

Em relação às funções da dignidade, Daniel Sarmiento (2016, p.77) expõe que a atuação desse princípio é ampla, funcionando como fator legitimador estatal e na hermenêutica do ordenamento.

[...] fator de legitimação do Estado e do Direito, norte para a hermenêutica jurídica, diretriz para a ponderação entre interesses colidentes, fator de limitação de direitos fundamentais, parâmetro para o controle de validade de atos estatais e particulares, critérios para identificação de direitos fundamentais e fonte de direitos não enumerados. (SARMENTO, 2016, p.77).

Sarmiento (2016, p. 63) salienta ainda que o princípio da dignidade atua como critério de ponderação à medida que os bens jurídicos que com ele guardam relação de maior proximidade são mais relevantes que os que guardam menor. Nas palavras desse autor,

no campo hermenêutico a dignidade da pessoa humana atua também como importante critério para a ponderação entre interesses constitucionais conflitantes. Ela enseja a atribuição de um peso superior *prima facie* aos bens jurídicos mais importantes para a proteção e promoção da dignidade, e de um peso menor aos interesses mais afastados do princípio. (SARMENTO, 2016, p. 63).

Para Canotilho (2003), a dignidade da pessoa humana baseia-se no "princípio antrópico que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da *dignitas-homini* (Pico della Mirandola), ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o

seu projecto espiritual". Logo, o professor lusitano entende que a essência da dignidade é a autonomia, a possibilidade do indivíduo de autodeterminação.

Conforme já mencionado, em decorrência da função de valor fonte, que emana direitos, guia o reconhecimento de novos outros e ainda funciona como critério de ponderação de bens jurídicos em conflito, pode a dignidade humana emitir mandamentos tanto de descriminalização quanto de criminalização do aborto. Esse princípio protege tanto a vida humana do nascituro quanto a autonomia privada da mulher.

Entretanto, por todo o exposto, percebe-se que a autonomia privada é um elemento central no conceito de dignidade da pessoa humana, sem o qual não é possível se falar em dignidade da pessoa humana.

5 CONCLUSÃO

O desenvolvimento deste estudo possibilitou uma análise da dignidade enquanto valor fundamental capaz de conduzir uma resposta constitucionalmente adequada à problemática do tratamento do aborto no Brasil. A partir da função de ponderação, que opera no ordenamento jurídico pátrio, e do status normativo de fundamento da República, valor que informa a toda a normatividade, foi possível observar que a dignidade da pessoa humana aponta uma solução.

A criminalização do aborto no Brasil é um tema fervorosamente discutido no Brasil e é salutar que o debate seja pautado pelo sistema de direitos fundamentais compreendidos na Constituição Cidadã. A partir dessa constatação, a abordagem da dignidade da pessoa humana nesse contexto, em busca de uma interpretação que a respeite enquanto postulado sobre o qual foi erigido o Estado Democrático de Direito Brasileiro, é imperiosa.

Por todo o exposto, pode-se observar que a colisão entre direito à vida e direito à autonomia privada é de difícil equacionamento. A vida, conforme mencionado, é o substrato material da própria dignidade e é protegida no Brasil desde a concepção. Entretanto, a autonomia privada é a gênese da dignidade da pessoa humana. Conforme demonstrado, a autonomia é pressuposto básico da dignidade, não se podendo falar em vida digna que não seja dotada de autonomia de escolha do próprio projeto de vida, e escolhas essenciais.

Desse modo, faz-se necessário que o aborto seja descriminalizado no Brasil para que seja resguardada a autonomia privada das mulheres, consubstanciada na possibilidade da decisão fundamental para seus próprios projetos de vida, qual seja o da escolha ou não pela maternidade.

O critério de doze semanas referido na ADPF 442, ainda que não se possa estabelecer o início da vida humana, é um limite válido estipulado para a descriminalização do abortamento voluntário. A prematuridade da vida em formação pode ser apontada como um momento razoável, adequado para a descriminalização.

Adotando-se este limite temporal, evitar-se-ia a proteção deficiente do direito fundamental à vida, resguardando-se a razoabilidade.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008
- BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (16 de julho de 1934)**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- BOITEUX, Luciana *et al.* **Peça inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442**. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>.
- BRASIL. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 Distrito Federal nº ADI 3510. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2018.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Curso de direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris**. 10 dez. 1948. Disponível em:
<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>
- DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ESTADOS UNIDOS. **Constituição de 1787**. Filadélfia. Disponível em:
<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>
- ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Griswold x Connecticut**. 1965. Disponível em:
<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/381/479>.
- ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Lawrence v. Texas**. 2003. Disponível em:
<http://www.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=Lawrence&url=/supct/html/02-102.ZS.html>.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Planned parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey**. 1992. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=planned%20parenthood%20of%20southeastern%20pennsylvania%20v.%20Casey&url=/supct/html/historics/US_SC_CR_0505_0833_ZX2.html.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Roe x Wade**. 1973. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/410/113>.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. Belo Horizonte: Revista dos Tribunais, 2019.

GUEDES, Néviton. **Não se impede a morte desprezando o direito à vida**. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jan-28/constituicao-poder-nao-impede-morte-desprezando-direito-vida>.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.

MCCRUIDEN, Christopher. **Human dignity and judicial interpretation of human rights**. 2008. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1162024.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2015.

PICO, Giovanni. **Discurso pela dignidade do homem**. Porto Alegre: Editora Fi, 2015.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. **Revista dos Tribunais**, online, v. 833, n. 1, p.41-52, mar. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, Online, v. 9, p.361-388, maio de 2007.

SARLET. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: na Constituição de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SANTOS, Rafael Padilha dos. O tratamento jurídico e normativo da dignidade da pessoa humana e sua aplicação na cultura jurídica estadunidense, europeia e brasileira. **Revista Direitos Culturais**, [s.l.], v. 13, n. 30, p.45-72, set. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

WEBER, Thadeu. Dignidade humana e liberdade em Hegel. **Espaço Jurídico Journal Of Law**, Chapecó, v. 15, n. 2, p. 387-399, maio de 2014.