

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**HUMANIZAÇÃO DO PARTO:
UMA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS.**

GABRIELA MEDALHA AGUILERA AVENDAÑO

**RIO DE JANEIRO
2016**

GABRIELA MEDALHA AGUILERA AVENDAÑO

**HUMANIZAÇÃO DO PARTO:
UMA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS.**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Ana Paula Barbosa**.

GABRIELA MEDALHA AGUILERA AVENDAÑO

**HUMANIZAÇÃO DO PARTO:
UMA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS.**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Ana Paula Barbosa-Fohrmann**.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Ana Paula Barbosa-Fohrmann

Vitor de Azevedo Almeida Junior

Juliana Lage

**Rio de Janeiro
2016 / 2º SEMESTRE**

AGRADECIMENTOS

Muitas vezes não nos damos conta da contribuição de cada pessoa que passa em nossa vida, mesmo qualquer pequena que seja, cada ser humano tem capacidade única de acrescentar algo em nossa caminhada. Particularmente, pensando na minha longa jornada rumo ao fim do curso de Direito, marcado pela elaboração deste trabalho, reflito e concludo com lágrimas nos olhos que tenho muitas pessoas a agradecer, e como é bom pensar nisso! Como todo bom clichê “não foi fácil chegar até aqui”, porém o que torna esse clichê especial, apesar de parecer uma máxima negativa, é refletir e constatar acerca da gratidão: é a enorme quantidade de pessoas maravilhosas a que sou rodeada. Seria impossível citar todos os nomes que tenho carinhosamente gravados em minha memória, mas cada um deles está passando pela minha cabeça nesse exato momento. Como a lista é longa vou me ater às generalidades mais que especiais.

Ainda sobre clichês, vou dar início aos meus agradecimentos, primeiramente, agradecendo a Deus. Sim, dentro da emoção que sinto em escrever estas palavras, apesar de todos os obstáculos que tive durante esses anos, percebo que sem o apego a sua imagem e força eu de fato não teria conseguido. E foi assim desde o início, quando constatei a aprovação para essa nobre Universidade, a gloriosa Faculdade Nacional de Direito até agora. Em igual importância agradeço a meus pais que tanto fizeram para que eu chegasse até o fim, pois mesmo com tantas oportunidades para criticar e julgar minhas escolhas me apoiaram, incondicionalmente, com amor e respeito. Hoje tenho a certeza de que estão tão emocionados e orgulhosos como eu, justamente por que acompanharam minhas dores e me darem a coragem necessária para concluir esta etapa. Sem ser possível esquecer de minha saudosa avó, que onde quer que esteja, tem uma neta bacharel em Direito pela maior Universidade do Brasil.

Falando sobre energia divina, acredito que não por acaso, tive a possibilidade de pela primeira vez ao longo de alguns anos no curso Direito da Nacional a cursar uma disciplina eletiva no período da manhã. O que a princípio me pareceu complicado,

pois incluía uma maratona cansativa de 12 horas fora de casa foi se tornando extremamente prazeroso com as aulas do professor Vitor Almeida, responsável por me apresentar o campo interessantíssimo do Biodireito e por me fazer decidir há 2 anos atrás sobre o tema desta monografia. Ao meu co-orientador, Vitor, agradeço por ter me devolvido o interesse pelo estudo em uma época em que minha escolha para o direito estava abalada. A ele também agradeço por toda a paciência e dedicação com que me tratou nesse momento crítico e complexo que é a elaboração desse trabalho, além de ter colocado como sugestão a professora Ana Paula Barbosa, minha orientadora, que aceitou o meu tema e me guiou nos meus primeiros passos para uma produção acadêmica que para mim tem valor importantíssimo, e a quem reconheço com carinho a compreensão e confiança a mim dedicada.

Para seguir os agradecimentos, seria impossível não citar alguns nomes que me vêm imediatamente à cabeça: à minha irmã Luana Aguilera que muito me ensina, apesar de não saber, sobre dedicação e resignação; ao meu companheiro de vida Marcello Spolidoro que me acompanha desde o vestibular, sendo muitas vezes a palavra de conforto e racionalidade que, de quando em quando, me falta; à minha amiga/irmã Tabatah Flores em quem muito me inspiro, e que me traz o olhar amoroso e crítico sobre as injustiças sociais e sobre qual nosso papel no mundo, *“hay que endurecerse, pero sin perder la ternura jamás”*; à Alethia Vianna que injeta em minhas veias sua dose diária de positividade, além de vários outros amigos que fizeram parte da minha vida, em várias fases diferentes, me ajudando de tantas formas e torcendo pra que a conclusão desse ciclo fosse possível comemorando comigo minhas vitórias e continuando ao meu lado nas derrotas.

Outras pessoas especiais que viabilizaram que esta monografia fosse possível e que terão minha eterna gratidão são: minha amiga de mais de uma década, Aline Rodrigues que prontamente me ajudou com o material necessário para leitura da doutrina indicada, dedicando seu tempo, apesar de curto, para que eu não desistisse. Minha amiga Fernanda Amorim que fez o mesmo, além de me incentivar com carinho e força que nela me inspiram. Minha tia do coração Diana Aranha, que viabilizou sem pestanejar meio pelo qual escrevo estas palavras hoje, seu laptop e

seu amor que também me incentivaram a seguir. E aos amigos de curso Victor, Fernanda Magalhães, Daniel, Paloma, Bianca, Bernardo, Paulo César, Vinicius (os dois), Lilian, Fábio, Eugênio, Rogério, Priscila, Fernando, Beatriz e tantos outros que estão sempre preocupados em “dar o bizu” para os colegas, minimizando as dificuldades das burocracias, das provas e da rotina de um universitário.

Que todas as pessoas que me cercam (sejam amigos, familiares, colegas de trabalho, chefes, ex-chefes) possam se sentir agradecidas por estarem em minha vida, já que esta é a forma de devolver pro mundo todas as coisas boas que me acontecem. Penso que é por conta de tanta energia bacana de tanta gente bacana que me socorre nos meus problemas e sorri com meu sorriso é que eu tenho enormes motivos para ser grata. Como mencionado antes, seria inviável citar todos os nomes, mas todos sabem que me ajudaram vezes infinito com uma palavra de incentivo, ou abraço apertado, que me lançaram pra frente e me fizeram correr atrás dessa formação. Obrigada a todos!

*“E aprendi que se depende sempre
De tanta, muita, diferente gente
Toda pessoa sempre é as marcas
Das lições diárias de outras tantas pessoas*

*E é tão bonito quando a gente entende
Que a gente é tanta gente onde quer que a gente vá
E é tão bonito quando a gente sente
Que nunca está sozinho por mais que pense estar*

*É tão bonito quando a gente pisa firme
Nessas linhas que estão nas palmas de nossas mãos
É tão bonito quando a gente vai à vida
Nos caminhos onde bate, bem mais forte o coração”
Caminhos do Coração - Gonzaguinha*

RESUMO

O presente trabalho acadêmico visa empreender estudo sobre a ponderação entre os direitos da mulher e do nascituro a partir necessidade da humanização do parto, baseado em princípios Bioéticos e do Biodireito à luz da supremacia dos valores constitucionais. Parte-se de exame dos campos da Bioética e do Biodireito, especialmente seus respectivos campos de atuação e a possível ligação entre os eles, de modo a compreender o direito de escolha da mulher por um parto sem intervenções cirúrgicas. Trata-se de promover a autonomia corporal da mulher mesmo em casos de aparente colisão de interesses entre o nascimento saudável do nascituro e o direito de decidir da mulher. Pretende-se, à luz do instrumental bioético e biojurídico, sob o método da ponderação de princípios constitucionais, analisar o contexto da invasão do corpo feminino por uma medicina intervencionista e paternalista, buscando também expor os limite da autonomia feminina frente os direitos do nascituro.

Palavras chave: Bioética; Biodireito; Direitos da Mulher; Direitos do Nascituro; Ponderação de Princípios; Parto Humanizado.

ABSTRACT

This work aims to deliberate between the rights of women and the unborn child, from the need to humanize the childbirth, based on Bio-ethical and Bio-law principles, considering the supremacy of the constitutional values. It starts with the the examination of the Bioethics and Biolaw fields , their respective activities and possible links between them, in order to understand the woman's right to choose to have a childbirth without surgical interventions.It delves into the autonomy of women's body even in cases of apparent conflict of interests between the healthy birth of the unborn child and the right to choose.It intends, in the light of bio-ethical and bio-juristic law and weighing constitutional principles, to analyze the context of the invasion of the female body by a paternalistic Interventional medicine practice, seeking also to expose the limits of women's autonomy over their body in light of the rights of the unborn child.

Keywords: Bioethics; BioLaw; Women's rights; Rights of the unborn; Weighting of Principles; Humanized Childbirth.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. BIOÉTICA E BIODIREITO	13
1.1. CONCEITO E ORIGEM HISTÓRICA DA BIOÉTICA.....	13
1.2. CONCEITO E ORIGEM DO BIODIREITO.....	15
1.3. CARÁTER COMPLEMENTAR DAS DISCIPLINAS.....	18
1.4. PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA.....	20
1.4.1. PRINCÍPIO DA BENEFICÊNCIA.....	25
1.4.2. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA.....	26
1.5. PRINCÍPIOS DO BIODIREITO.....	28
1.5.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	30
2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E AUTONOMIA DA MULHER NA ESCOLHA DO PARTO	35
2.1. TIPOS DE PARTO E TÉCNICAS MÉDICAS.....	36
2.1.1. PARTO CESARIANA: BREVE CONTEXTO HISTÓRICO E ANÁLISE DE SUA TRAJETÓRIA.....	38
2.1.2. PARTO HUMANIZADO: UMA POSSIVEL SOLUÇÃO PARA A “EPIDEMIA DAS CESARIANAS” E GARANTIDOR DE DIREITOS INERENTES A DIGNIDADE DA PARTURIENTE.....	42
2.1.3. NORMATIZAÇÕES E LEGISLAÇÕES VIGENTES: UMA BREVE EXPOSIÇÃO DO DIREITO DA PARTURIENTE À ACOMPANHANTE E À DOULA.....	43
2.3. AUTONOMIA SOBRE O PRÓPRIO CORPO: A BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS REPRODUTIVOS DA MULHER.....	46
3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A TUTELA DO NASCITURO	51
3.1. DIREITOS DO NASCITURO.....	54
3.1.1. DIREITOS EXTRAPATROMONIAIS DO NASCITURO: UMA BREVE EXPLANAÇÃO SOBRE O DIREITO A NASCER COM VIDA.....	55
3.2. CONFLITO DE PRINCÍPIOS: PONDERAÇÃO COMO SOLUÇÃO DE CASOS CONCRETOS.....	57

3.2.1 APLICAÇÃO DA PONDERAÇÃO NA COLISÃO DE DIREITOS DA MULHER E DO NASCITURO: BREVE ANÁLISE DO CASO TORRES.....	64
CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS	72

INTRODUÇÃO

Os avanços científicos e tecnológicos em primeiro plano são essenciais para melhorias sobre saúde e desenvolvimento humano, porém há que se observar limites para atuação da ciência e biomedicina a fim de impossibilitar abusos que há muito já assolaram nossa sociedade. Para essa limitação foi desenvolvida disciplina relativamente recente na história mundial chamada Bioética. Com ela se pretendeu criar princípios norteadores para prática através de valores éticos que estejam em total respeito à condição inerente ao indivíduo, que é a dignidade da pessoa humana.

Criado os valores éticos para a limitação, fez-se necessário que houvesse normatização dentro do ordenamento jurídico para criar efeitos práticos, já que não é possível apenas avaliar e resolver questões éticas sem atuação do direito. Nesse sentido, o biodireito é a trazer a disposição de normas imperativas em decorrência de fatos jurídicos que resultam do desrespeito de princípios constitucionais e bioéticos.

Os princípios que garantem a autonomia feminina muitas vezes são conflitantes com os princípios de tutela do nascituro, principalmente na gestação, que pode-se inferir como período mais medicalizado da mulher. A gestante, em nesses casos sofre com a falta de informação que garanta uma decisão clara da via de parto, sendo levada ou por esse desconhecimento, ou por imposição coercitiva do médico à cirurgia cesariana, método de nascimento já institucionalizado no Brasil, sem que lhe seja garantido, inclusive o direito à assistência humanizada do parto.

Antes de problematizar o tema, cabe esclarecer que o trabalho de parto não pode ser reduzido apenas a um processo fisiológico do corpo feminino que demarca o início do processo de nascimento do nascituro. Este é, principalmente para a mãe, a edificação da sua liberdade de escolha. Tão por isso, considera-se que a mulher, no parto humanizado, é a protagonista de sua história e detentora de direitos fundamentais, podendo se ver livre dos mecanismos violentos e muitas vezes desnecessários utilizados nas cirurgias.

O presente trabalho visa expor a crescente demanda pelo parto humanizado, inclusive a partir de políticas públicas de incentivo, como forma de minimizar o número exagerado de cirurgias cesárias no Brasil. Para isso pretende esclarecer o que é a humanização do parto, quais princípios relacionados à mulher e ao nascituro ele envolve, e como a colisão de princípios acerca destes pode ser solucionada através do método da ponderação.

Romantizando, humanizar o parto significa reconhecer que existe um processo fisiológico perfeito do corpo feminino para dar a luz, e que apesar de estar dentro da barriga, o bebê também sabe os caminhos para a vida fora do útero. Significa uma menor mecanização e hospitalização de um processo tão natural. Porém a humanização também se compreende como a autodeterminação feminina e garantia de seu direito à dignidade humana e à autonomia sobre o próprio corpo.

Nesse sentido, a mulher toma consciência pela humanização do processo do nascimento do nascituro, possuindo o direito ao conhecimento verdadeiramente necessário, podendo assim escolher pela forma que irá parir - prática fundamental na devolução do protagonismo da gestante em detrimento ao do médico. A escolha pelo parto humanizado tem base na ideia de que a mulher é dona de seu próprio corpo e conhece suas necessidades, cabendo a medicina apenas o acompanhamento e assistência para o nascimento, atuando com intervenções cirúrgicas apenas quando for estritamente necessário.

No entanto, encontramos no ordenamento jurídico limites à autonomia corporal da mulher, fundamentada na tutela ao nascituro, também baseada em princípios constitucionais referentes aos direitos fundamentais dois, expondo brevemente, o trabalho ora apresentado, sobre a atividade da ponderação, prática constitucional para solução de conflitos em casos concretos.

Portanto, segundo essa perspectiva, iremos trabalhar com base em conceitos e princípios da Bioética e do Biodireito, além de princípios fundamentais como

dignidade humana - fundamento maior da Constituição pátria de 1988 – e prevalência do direito à integridade psicofísica da mulher como princípio de maior valor, quando comparado ao estudo de princípios extrapatrimoniais norteadores da tutela do nascituro, considerado ‘não pessoa’, por não possuir capacidade jurídica. Explicitará ainda caso concreto inspirador do desenvolvimento destas reflexões, o Caso Torres.

1. BIOÉTICA E BIODIREITO

1.1. ORIGEM HISTÓRICA E CONCEITO DE BIOÉTICA

Aponta-se que a primeira aparição da palavra Bioética se deu em 1971 com o título da obra de Van Rensselaer Potter denominada “Bioethics: Bridge to the future”. Esta fazia referência a uma nova disciplina que tinha como objetivo formular normas e princípios, a partir de valores éticos, na tentativa de disciplinar a pesquisa e os avanços científicos e biotecnológicos¹. Potter ressaltou a necessidade de nortear a sociedade científica em direção a uma conduta mais racional e cautelosa no que diz respeito à evolução biológica². O autor explicou que escolheu “‘bio’ para representar o conhecimento biológico, a ciência dos sistemas viventes, e ‘ética’ para representar o conhecimento dos sistemas dos valores humanos”³.

Apesar de o termo se consagrar em 1971, o questionamento da necessidade de se pensar em uma barreira ética para os avanços científicos surgiu antes disso. Em 1962 foi publicado artigo na revista *Life* denominado “Eles decidem quem vive e quem morre” que expôs o famoso caso em *Seattle*, nos Estados Unidos, de um comitê anônimo formado por profissionais, em sua maioria, de áreas diversas da medicina que decidiam sobre quais pacientes poderiam participar do tratamento com hemodiálise instalado na cidade. Como o programa era limitado e não conseguia atender toda a demanda, foi feito um processo de triagem para indicar aqueles que teriam suas vidas salvas, porém o critério não médico, não ficou esclarecido⁴.

¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação: O biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 59.

² MÁDERO, Miguel Carlos. *In Constituição Bioética e Biodireito. Biodireito Constitucional*. Coordenadoras: Maria Garcia, Juliane Caravieri Gamba, Zélia Cardoso Montal. Campus Juridico, 2009, p.388.

³ POTTER, Van Rensselaer. *Bioethics: Bridge to the future*. Nova Jersey: Prentice-Hall, 1971 *apud Constituição Bioética e Biodireito. Biodireito Constitucional*. Coordenadoras: Maria Garcia, Juliane Caravieri Gamba, Zélia Cardoso Montal. Campus Juridico, 2009. p.388.

⁴ Pessini, Léo; Barchifontaine, Christian de Paul de. *Problemas atuais da Bioética*. São Paulo: Loyola, 1996, p.16.

Além desses, outros casos vieram à tona ainda na década de 1960, como a exemplos da publicação de outro artigo denunciando a falta de ética em pesquisas científicas pelo professor Henry Beecher, e do transplante de coração feito por Christian Bernard. Nesta ocasião, o coração foi de um paciente morto para um já em estado terminal e não ficou apurado se houve consentimento para o que, então se chegou a chamar de “uso de órgãos emprestados”⁵.

Nesse sentido, nota-se que era preciso limitar, de um ponto de vista moral, o poder da ciência em interferir em procedimentos médicos, pesquisas com seres humanos, processos de nascimento e morte, entre outros avanços, para que houvesse respeito aos direitos individuais e valorização do bem estar das pessoas envolvidas. Como bem definiu Vicente de Paulo Barretto⁶, a ideia inicial da Bioética poderia ser traduzida como “espécie de código de ética profissional para cientistas e pesquisadores”.

O conceito trazido pela Enciclopédia de Bioética publicado em 1978 foi: “estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e do cuidado da saúde, quando esta conduta se examina à luz dos valores e dos princípios morais”⁷ Mesmo sendo uma disciplina considerada recente, por conta de sua importância e difusão, sofreu uma ampliação conceitual. Em sentido bem estrito, bioética significa “ética da vida”, em sentido amplo, segundo o pensamento de Maria Helena Diniz⁸, bioética é:

[...] uma resposta da ética às novas situações oriundas da ciência no âmbito da saúde, ocupando-se não só dos problemas éticos, provocados pelas tecnociências biomédicas e alusivos ao início e ao fim da vida humana assistida, às pesquisas em seres humanos, às formas de eutanásia, à distanásia, às técnicas de engenharia genética, às terapias gênicas, aos métodos de reprodução humana assistida, à eugenia, à eleição do sexo do futuro descendente a ser concebido, à clonagem de seres humanos, à mudança de sexo em caso de transexualidade, à esterilização compulsória de deficientes físicos ou mentais, à utilização da tecnologia do DNA recombinante, às práticas laboratoriais de manipulação de agentes

⁵MÁDERO, Miguel Carlos. *Constituição Bioética e Biodireito. Biodireito Constitucional*. Coordenadoras: Maria Garcia, Juliane Caravieri Gamba, Zélia Cardoso Montal. Campus Juridico, 2009. p.388.

⁶ BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos, In: MELLO, Celso de Albuquerque et al. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p..29.

⁷ . BARBOZA, Heloisa Helena. *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Organizadores: Heloisa Helena Barboza, Jussara Maria Leal de Meirelles e Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar: 2003, p..52

⁸ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, 4 ed. São Paulo: Ed. Saraiva 2007, p.10.

patogênicos, como também dos decorrentes da degradação do meio ambiente. Da destruição do equilíbrio ecológico e do uso de armas químicas. Constituir-se-ia, portanto, numa barreira, uma proteção, um limite aos riscos inerentes à prática tecnocientífica e biotecnocientífica tais como riscos biológicos decorrentes das práticas antes mencionadas, bem assim os riscos ecológicos resultantes das queimadas, da poluição, do corte de árvores, do uso da energia nuclear, da introdução de organismo geneticamente modificados no meio ambiente etc”.

Ainda, é possível ressaltar, conforme Miguel Carlos Mádero⁹, que:

“[...] a Bioética deve ser um estudo deontológico e consistiria no estudo da moralidade da conduta humana área das ciências da vida, investigando o que seria lícito ou científico, e tecnicamente possível, e, portanto, precisa de um paradigma de referencia antropológico-moral: o valor supremo da pessoa humana, de sua vida, dignidade, liberdade ou autonomia, privilegiando, sempre, o ser humano e não as instituições voltadas para as pesquisas.”

Logo, pode-se dizer que a bioética é uma ciência que busca limitar a atuação do homem no - campo da saúde - sobre a vida humana, seja em pesquisas, intervenções médicas e avanços biotecnológicos, a partir de valores morais que orientem esse limite. Nesse contexto surgiram os princípios Bioéticos.

1.2. ORIGEM HISTÓRICA E CONCEITO DO BIODIREITO

O progresso científico e biológico suscitou uma gama de questões ético-jurídicas, visto que os debates bioéticos não foram capazes de esgotar, e nem ao menos reduzir, as demandas de várias áreas, principalmente no campo do Direito. Como já mencionado, a bioética tem como objetivo limitar a atuação da ciência, no que diz respeito aos seres humanos, para valorizar seu bem estar. Nesse contexto, é preciso avaliar as consequências dos avanços e intervenções de acordo com o princípio fundamental constitucional de dignidade humana. A ideia central é que esta seja sempre preservada, logo é responsabilidade do legislador abarcar as questões advindas das discussões bioéticas.

⁹ MÁDERO, Miguel Carlos. *Constituição Bioética e Biodireito. Biodireito Constitucional*. Coordenadoras: Maria Garcia, Juliane Caravieri Gamba, Zélia Cardoso Montal. Campus Juridico, 2009. P 392

Para Miguel Carlos Mádero¹⁰, no Brasil, o respeito ao Estado Democrático de Direito é primordial, devendo o legislador, portanto, buscar pressupostos na Constituição Federal, se referenciando na dignidade humana, “valor fonte que dá sentido à vida em toda sua inteireza” Fica evidente, que existem questões que são em sua essência jurídicas, não sendo possível apenas levar em consideração sua solução moral.

O Biodireito surge como forma de consagrar barreiras gerais a sociedade como um todo, não podendo ser limitada a valores éticos individuais, o que geraria muitos conflitos sem resolução viável. Aliás, esta é a sua principal diferença com a bioética: possui normas imperativas e cogentes, resultantes de edificações jurídicas claras, enquanto a bioética se restringe a colocação de valores morais, desprovidos de capacidade jurídica, a fim de nortear limites para os abusos cometidos pelo progresso científico. O biodireito é a personificação das soluções resultantes da reflexão acerca dos princípios bioéticos frente o caso concreto, comprovando a harmonização entre as disciplinas.

Quando tratamos de avanços da medicina e da biomedicina, a exemplo da eutanásia, aborto, cirurgias de transgenitalização, entre outros temas referentes a seres humanos, parece óbvia a necessidade de, mesmo após o debate ético, uma regulamentação do que será permitido, aceitável socialmente. Não é viável debate caso a caso, segundo valores individuais. Há que se ater a um contexto geral social. Todas as questões referenciadas por Maria Helena Diniz na sua definição ampla da Bioética precisam de delimitação jurídica bem nítida para resolver o conflito de vontades e valores que possam vir a existir nesses casos. É por isso que, como bem define Jussara Maria Leal de Meirelles¹¹, “um problema de caráter clínico e ético adquire, também, um caráter jurídico”.

¹⁰ MÁDERO, Miguel Carlos. *Constituição Bioética e Biodireito. Biodireito Constitucional*. Coordenadoras: Maria Garcia, Juliane Caravieri Gamba, Zélia Cardoso Montal. Campus Juridico, 2009. P. 393

¹¹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *Bioética e biodireito*. IN *Temas de biodireito e bioética*. BARBOZA, Heloisa Helena, BARRETO, Vicente de Paulo (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 93.

Jussara Maria Leal traz ainda o objetivo principal do Biodireito: “fixar normas coercitivas que delimitem as atuações biotecnológicas, no sentido de ver respeitada a dignidade, a identidade e a vida do ser humano¹²”. Ou seja, o objeto da disciplina é a busca por fundamentação e pertinência de normas jurídicas, que sejam capazes de abarcar os princípios e valores relativos à vida e à dignidade humana sob à luz da ética.¹³

Nesse sentido, portanto, pode-se descrever o Biodireito como ramo jurídico interdisciplinar que define as relações entre o direito e os avanços tecnológicos no que diz respeito à medicina e biotecnologia, tendo como uma das bases principais o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. De acordo com Vicente Barreto, o Biodireito é uma nova área do Direito, que interliga “as relações estabelecidas entre os valores morais e a pesquisa e tecnologia biológicas, que se formalizam juridicamente”¹⁴.

O campo de atuação do Biodireito está interligado, sobretudo, ao Direito Constitucional, ao Direito Civil e ao Direito Penal. Vicente Barreto considera que são três os campos de atuação: “a) nascimento, desenvolvimento e transformação da vida; b) as relações humanas intersubjetivas e a relação saúde-doença; c) as relações intersubjetivas e as relações da pessoa humana com o meio ambiente”¹⁵.

Torna-se, evidente, portanto que “cabe ao direito, por meio da lei, entendida como expressão da vontade da coletividade, definir a ordem social, na medida em que

¹² MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *Biodireito E Constituição*. Revista do Direito Privado da UEL – Volume 1 – Número 1 – disponível em < www.uel.br/revistas/direitoprivadop. > Acessado em 01/12/2016.

¹³ VILA-CORO, Maria Dolores. *Introducción a la Biojurídica*. Madrid: Servicio de publicaciones facultad derecho Universidad Complutense p. 21-22 Apud MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *Biodireito E Constituição*.

¹⁴ BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos, In: MELLO, Celso de Albuquerque et al. Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. cit., p.11

¹⁵ BARRETTO, Vicente de Paulo. *As relações da bioética com o biodireito*. Apud: *Temas de biodireito e bioética*. BARBOZA, Heloisa Helena, BARRETTO, Vicente de Paulo (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001

dispõe dos meios próprios e adequados para que essa ordem seja respeitada”¹⁶ claro que em conjunto com princípios disciplinados pela Bioética, desde que observados sem que entrem em conflito com os princípios de direito¹⁷ à saúde, à vida e à dignidade, por exemplo.

Conforme lição de Maria Helena Diniz, o Biodireito transforma a relação entre direito e ciência em algo palpável, que não fica apenas no campo do pensamento ético. Para a autora, esta disciplina tem como fontes primeiras: “a bioética e a biogenética”¹⁸, e

“[...] teria a vida por objeto principal, salientando que a verdade científica não poderá se sobrepor à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana nem traçar, sem limites jurídicos, os destinos da humanidade”¹⁹.

Conclui-se que o biodireito é a personificação de normas jurídicas advindas de princípios constitucionais fundamentais, com o objetivo claro de buscar soluções para casos em que conflitam os valores morais trazidos pela bioética, visto que não é possível em uma sociedade tão plural obter princípios universais que sejam absolutos. As normas jurídicas possuem caráter imperativo, gerando então, uma obrigatoriedade de agir, estando em conformidade com preceitos fundamentais da nossa constituição.

1.3. O CARÁTER COMPLEMENTAR DAS DISCIPLINAS

Expostos seus devidos conceitos, cabe fazer uma análise da relação entre bioética e biodireito, visto que a construção da bioética foi de extrema importância para o desenvolvimento jurídico das questões morais apresentadas no que tange o desenvolvimento biotecnocientífico. Isto permitiu atuação da disciplina do Biodireito, que encontrou respaldo em direitos de índole constitucional, trazendo soluções para conflitos em outras disciplinas jurídicas, como o Direito Civil, por exemplo. Desta

¹⁶ BARBOZA, Heloisa Helena . *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Organizadores: Heloisa Helena Barboza, Jussara Maria Leal de Meirelles e Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar. 2003. p. 59.

¹⁷ Ibidem p. 71

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, 4 ed. São Paulo: Ed. Saraiva 2007,.

¹⁹ Ibiidem. op. cit. p. 7

forma, não é possível dizer que uma se opõe a outra, pelo contrário, uma complementa a outra.

Fica clara a necessidade de englobar ao campo de saber jurídico certos temas bioéticos, já que esses não foram capazes de preencher os vazios normativos que surgiram de conflitos morais. Como já falado, a criação de princípios morais e éticos para limitar a atuação científica que fazia tudo em nome do desenvolvimento - apesar de um grande passo para humanidade - acabava por suscitar discussões individuais, de que os cientistas e médicos poderiam decidir como procedimento viável ou não.

A ideia de se criar um instituto que se voltasse para atender as demandas da coletividade foi essencial para resolução de conflitos, já que a verificação dos progressos biotecnológicos e médicos afetavam as relações sociais como um todo. Como expôs Daury Cesar Fabríz “se às ciências da vida cabe o livre exercício de especular em torno das várias possibilidades dos elementos que integram a vida, cabe a direito proceder ao enquadramento legal, no sentido de se preservar a integridade da vida e da pessoa²⁰”.

Tendo em vista que estas ultrapassavam os limites da “consciência do indivíduo e de sua postura ética quanto às demais pessoas, surge a preocupação de se verificar de que forma tais conhecimentos vêm repercutindo na sociedade²¹”. Isto é, existe uma complementaridade entre moral e direito. Vicente Barretto²² expõe com completa razão que haveria um “vazio da bioética sem o biodireito e a cegueira da bioética sem o biodireito”.

Ainda sobre a complementaridade entre estas duas ordens normativas, percebemos que, se o biodireito não incluísse a bioética em sua formulação, poderia correr o risco de ficar a mercê de outros interesses como os religiosos, os de ordem

²⁰ FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e direitos fundamentais: A bioconstituição como paradigma ao biodireito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p.273.

²¹ BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos, In: MELLO, Celso de Albuquerque et al. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. cit., p.11

²² *Ibidem*. op. cit. p. 11.

econômica e até mesmo políticos. Se tomarmos como exemplo a legalização do aborto, notaremos que, apesar de sermos um Estado Laico, existe uma fundamentação para sua proibição, de cunho religioso e político, visto que grande parte da bancada legislativa tem ligação com a Igreja Evangélica. No entanto, cabe ressaltar, que o debate sobre a legalização do aborto não se esgota em princípios morais relacionados ao conservadorismo religioso, existe também uma questão jurídica por traz deste conflito que se dá acerca de direitos fundamentais: de um lado o direito à vida do nascituro e de outro o direito a autonomia, direito ao próprio corpo.

Nesse sentido, se um não fosse tão importante ao desenvolvimento e difusão de seus conceitos, poderíamos nos ver como uma sociedade que está à mercê de interesses exclusivos de determinadas comunidades morais particulares, inviabilizando o debate já citado sobre o aborto, por exemplo. Em uma sociedade tão plural em ideais de moralidade, seria impossível não pensar no fracasso da bioética como solucionadora de conflitos jurídicos, por isso esta não o faz, assim como seria inviável pensar no biodireito sem a consideração de uma valorização comunitária de valores morais, no que diz respeito a assuntos de sua vida particular.

A respeito dessa análise, também é verdade que o direito não conseguiria normatizar temáticas tão polêmicas. Como perfeitamente esclarece Heloisa Helena Barbosa, “a ciência jurídica não tem condições de, autonomamente, fazer escolhas e tomar decisões normativas sobre as intrincadas questões que encontram sua primeira solução na ética. O aparecimento do biodireito representa a extensão da bioética ao campo jurídico²³”.

1.4.PRINCIPIOS DA BIOÉTICA

O século XX foi marcado pelos inúmeros progressos no campo da ciência e da tecnologia, além da criação da Bioética em razão da explanação de abusos cometidos em prol do desenvolvimento biotecnocientífico. Nesse contexto, cabe citar, inclusive as atrocidades cometidas com experimentações e testes em prisioneiros judeus na

²³ BARBOZA, Heloisa Helena. **Direito ao corpo e a doação de gametas**, cit., p. 42

segunda guerra mundial, que chocaram a comunidade científica pelo total desrespeito ao ser humano, como preconizou Flavia Piovesan, tornando-os supérfluos e descartáveis²⁴.

O fim das grandes guerras e ditaduras por todo o mundo trouxeram períodos mais democráticos com Constituições que trabalharam em cima dos conceitos de direitos humanos. Surgiu nesse momento um novo ramo do direito conhecido como direito humanitário baseado na solidariedade e tendo como objeto principal o gênero humano, no caso, o direito dos povos e direitos da humanidade²⁵.

O biodireito, no Brasil, encontrou na Constituição democrática de 1988 uma base sólida, em que os princípios constitucionais fizeram casa segura para a formulação principiológica do biodireito. Valores fundamentais como a vida, dignidade humana, liberdade, solidariedade e a proteção de direitos humanos contribuíram se tornando pedras angulares da bioética moderna²⁶.

Nessa perspectiva, seria impossível continuar sem a introdução de princípios que regeriam a disciplina em ascensão, já que a biotecnologia apresentava novos desafios não só para a construção desses princípios, mas também para o direito. A ideia de limitar a ciência através de valores morais trouxe polêmica por parte da comunidade científica, pois muitos acreditavam que limitar a ciência nos faria voltar aos tempos da obscuridade²⁷.

No entanto, a justificativa de que era de extrema importância estabelecer diretrizes éticas para que o progresso seguisse o caminho do bem estar social - e que

²⁴ Piovesan, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 7 ed. rev., ampliada e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006, p.116

²⁵ ARAUJO, Ana Laura Vallarelli Gutierrez. *Constituição Bioética e Biodireito. Biodireito Constitucional*. Coordenadoras: Maria Garcia, Juliane Caravieri Gamba, Zélia Cardoso Montal. Campus Juridico, 2009. p.291.

²⁶ BARBOZA, Heloisa Helena . *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Organizadores: Heloisa Helena Barboza, Jussara Maria Leal de Meirelles e Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar. 2003. p. 73 Apud MATEO, Ramón Martín. ob. cit. P.18/19

²⁷ ARAUJO, Ana Laura Vallarelli Gutierrez. *Constituição Bioética e Biodireito. Biodireito Constitucional*. Coordenadoras: Maria Garcia, Juliane Caravieri Gamba, Zélia Cardoso Montal. Campus Juridico, 2009. p.291.

estivesse também em concordância com a benesse de futuras gerações – vingou e tivemos a criação dos princípios norteadores da Bioética. Como expôs Heloisa Helena Barbosa²⁸, “talvez esse seja o maior mérito da Bioética: sistematizar (ou ao menos tentar) o tratamento de questões diversas, mas que devem guardar entre si, necessariamente, princípios e fins comuns”.

A partir disto, em 1974, foi criada pelo Congresso dos Estados Unidos, uma Comissão Nacional para proteção da pessoa humana, que ficou incumbida de estipular quais seriam os princípios éticos básicos que norteariam as pesquisas científicas em seres humanos por parte das ciências do comportamento e da biomedicina. A elaboração dos mesmos aconteceria de modo amplo, isto é, sua função seria desde conduzir experiências com humanos à atendimentos clínicos assistenciais.

Após quatro anos de discussões, a comissão publicou em 1978 o “Informe de Belmont”, que determinou os três princípios da Bioética²⁹, estes serviriam de base, anos mais tarde, para a elaboração das regras do biodireito em alguns países, era a chamada “trindade bioética³⁰”:

“a) autonomia ou do respeito às pessoas por suas opiniões e escolhas, segundo valores e crenças pessoais; b) o da beneficência que se traduz na obrigação de não causar dano e de externar os benefícios e minimizar os riscos; c) o da justiça ou imparcialidade na distribuição dos riscos e dos benefícios, não podendo uma pessoa ser tratada de maneira distinta de outra, salvo haja entre ambas alguma diferença relevante.”

Vale salientar que é preciso pensar os princípios da bioética como norteadores do limite da evolução científica sim, porém com críticas a sua atuação. Ou seja, refletir que estes, de alguma forma, acabarão conflitando entre si e quando isto ocorrer como será possível fazer uma análise sem que em algum momento um tenha que prevalecer sobre o outro? A ideia de que a criação desses princípios norteadores veio de um grupo de pessoas reunidas pra discutir o tema, não esgota a infinidade de

²⁸ BARBOZA, Heloisa Helena . *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Organizadores: Heloisa Helena Barboza, Jussara Maria Leal de Meirelles e Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar. 2003. p.53

²⁹ Ibidem, p. 55.

³⁰ Ibidem, p. 55.

possibilidades morais possíveis vindas de pessoas distintas. A fixação dos mesmos só foi viável, inclusive, porque vivemos em uma sociedade plural e democrática, como bem critica Vicente Barretto³¹.

Observando melhor os princípios da autonomia, da beneficência e da justiça nota-se que os três representam os diversos setores na relação ser humano *versus* biomedicina, visto que “o momento e a perspectiva do médico em relação ao paciente” norteia a relação de prevalência do bem estar e saúde do paciente pelo médico, tal qual pretende o princípio da beneficência; “o momento e a perspectiva do paciente que se autonomiza em relação à vontade do médico”, como visa o princípio da autonomia; e “o momento e a expectativa da saúde do indivíduo na sua dimensão político e social” ideia correspondente ao princípio da justiça³².

Nesse sentido, como cada princípio busca garantir a sua maioria, já que não é possível atingir uma unanimidade universal em relação a valores morais, Vicente Barretto expõe que é primordial buscar meios de se evitar que um princípio exerça hegemonia sobre o outro. Apesar de a efetivação desses princípios possa vir a gerar conflitos, é necessário buscar um modelo que “garanta a justificação, a harmonização e a interpretação dos três princípios³³” Logo, deve-se admitir que “a autonomia seja preservada, a solidariedade garantida e a justiça promovida³⁴” pois como complementa Francesco Bellino, “nenhum destes princípios deve ser tomado em forma absoluta e separada dos outros, mas, segundo a lógica da complexidade, cada princípio deve ser tecido com outro para evitar antinomias e efeitos não intencionais³⁵”.

³¹ BARRETTO, Vicente de Paulo. *Bioética, biodireito e direitos humanos*, In: MELLO, Celso de Albuquerque et al. Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. cit., p. 31.

³² Ibidem p. 31.

³³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação: O biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 60.

³⁴ BARRETTO, Vicente de Paulo. *Bioética, biodireito e direitos humanos*, In: MELLO, Celso de Albuquerque et al. Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. cit., p. 34.

³⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação: O biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003 Apud BELLINO, Francesco. *Fundamentos da bioética*, cit., p.201.

Não obstante, não se pode esquecer o papel fundamental da harmonização desses princípios com o biodireito. O biodireito faz uso da normatização dos princípios transformando-os em regras a serem seguidas para resolução de muitos conflitos advindos das discussões entre os princípios bioéticos. Encontramos nas normas jurídicas respaldo para verificação de soluções. Em razão disto, confirma Paulo Bonavides³⁶ “que os princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e as regras”, um não exclui o outro. Se verificam em conjunto, uma vez que neste caso a norma se classifica como gênero, enquanto o princípio e a regra são consideradas espécies³⁷.

Segundo Heloisa Helena Barboza³⁸, “não seria razoável resolverem-se conflitos jurídicos exclusivamente com fundamentos e princípios da bioética”. Desse modo, sem preterir o suporte ético fornecido pela disciplina, o Direito busca na verdade orientar a formulação de normas jurídicas que busquem garantias de direitos referidos a pessoa humana, que estejam em conformidade com princípios constitucionais. Isto significa que a bioética não pode estar em conflito com princípios de direito.

Se não pelo direito, como seria possível ponderar sobre embates complicados, a exemplo da temática deste trabalho, que nos coloca a refletir entre a autonomia da mulher, a beneficência do médico e o direito do nascituro? Ainda nas palavras de Heloisa Helena Barboza³⁹:

[...] a tarefa de comparação não é simples, principalmente se considerados os valores que estão em jogo. A elaboração, interpretação e aplicação de normas exigirão o exercício pleno das funções dos princípios gerais antes referidas, em particular a “função limitativa” indicada por BOBBIO, fazendo prevalecer os valores constitucionalmente estabelecidos.

Nesse pensamento, argumenta Maria Helena Diniz⁴⁰ que “a esfera do biodireito compreende o caminhar sobre tênue limite entre o respeito às liberdades

³⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. p. 232 – 243.

³⁷ BARBOZA, Heloisa Helena . *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Organizadores: Heloisa Helena Barboza, Jussara Maria Leal de Meirelles e Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar. 2003. p. 65/66.

³⁸ *Ibidem* p. 71.

³⁹ *Ibidem*, p. 72.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, 4 ed. São Paulo: Ed. Saraiva 2007, p.7.

individuais e a coibição de abusos contra o indivíduo ou contra a espécie humana” Seguindo, vale esclarecer que a tutela de direitos abrangida pela disciplina, não se limita a interesses de ordem pública. Quando abarca interesse em proteger o indivíduo como detentor de direitos, está atuando também na esfera particular.

1.4.1. PRINCÍPIO DA BENEFICÊNCIA

Conforme Maria Celeste Cordeiro dos Santos, “o princípio da beneficência consiste em não prejudicar e fazer o bem, maximizando os benefícios e minimizando os possíveis riscos⁴¹”. Já Vicente Barreto⁴² traz um conceito mais abrangente, a partir da relação médico-paciente: “o princípio da beneficência deita suas raízes no reconhecimento do valor moral do outro, considerando-se que maximizar o bem do outro, supõe diminuir o mal”. Ou seja, este princípio se apoia em argumentos que dependem da garantia do ser humano a partir do que outro ser humano considera como conduta apropriada a garantir esse bem estar.

O campo de atuação do princípio da beneficência se dá sob a ótica do médico em relação ao paciente. Durante muito tempo, este princípio foi considerado primeiro na consolidação da bioética, ainda mais por que o médico tem status de profissional que detém a maior convicção e informação técnica possíveis que definem se o ato médico é benéfico ao paciente ou não. Citando Jussara de Azambuja⁴³ LOCH este princípio “tem sido associado à excelência profissional desde os tempos da medicina grega, e está expressa no Juramento de Hipócrates⁴⁴: “Usarei o tratamento para ajudar os doentes, de acordo com minha habilidade e julgamento e nunca o utilizarei para prejudicá-los”.

⁴¹ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. *O equilíbrio do pêndulo*, São Paulo: Ed. Ícone 1998, cit., p. 43.

⁴² BARRETTO, Vicente de Paulo. *Bioética, biodireito e direitos humanos*, In: MELLO, Celso de Albuquerque et al. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. cit., p. 31

⁴³ LOCH, Jussara de Azambuja. *Princípios da bioética*. Disponível em <http://www.pucrs.br/bioetica/cont/joao/principiosdebioetica.pdf> Acessado em: 28/11/2016.

⁴⁴ Hippocrates. *The Oath*. Loeb Classical Library, v.1, reprint. Harvard, Massachusetts, 1992.

A Beneficência é baseada em ações positivas, logo, precisamos que o profissional traga benefícios para o paciente, sem deixar de avaliar a real utilidade de sua conduta, pesando prós e contras a fim de ponderar se o benefício é maior que os possíveis riscos e custos. Percebemos que este princípio visa cuidar da saúde do paciente, favorecendo sua qualidade de vida de forma a promover seu bem estar, além de não causar dano. Esta última característica está mais ligada a ideia básica do princípio da não-maleficência que se diferencia da beneficência no sentido de ter uma atuação positiva e contínua, porém não há grande separação entre uma e outra⁴⁵.

A grande crítica feita à beneficência ao longo dos anos foi o questionamento da autoridade médica sobre o que seria esse “fazer bem” ao paciente. A partir deste questionamento, se observou que ele não era capaz de resolver sozinho dilemas morais que apareciam, o que acabou por transparecer o paternalismo médico em um grande número de casos⁴⁶. Com forte crítica social em movimentos nos anos setenta, a beneficência que possuía primazia no passado, passou a ser limitada por quatro fatores, que possuímos atualmente: “definição sobre o que é ‘bem do paciente’; não aceitação do paternalismo contido tradicionalmente na beneficência; aparecimento e desenvolvimento do critério de autonomia; novas perspectivas e preocupações com a justiça na área da saúde⁴⁷”

1.4.2. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA

Em comparação com o princípio da beneficência, o princípio da autonomia é muito mais recente no campo filosófico. Como assevera Vicente Barretto⁴⁸, esta “corresponde à perspectiva do paciente como sujeito autônomo e independente, capaz de se autogovernar, fazendo as escolhas, opções e avaliações sem imposições

⁴⁵ BARBOZA, Heloisa Helena . *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Organizadores: Heloisa Helena Barboza, Jussara Maria Leal de Meirelles e Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar. 2003

⁴⁶ BARRETTO, Vicente de Paulo. *Bioética, biodireito e direitos humanos*, In: MELLO, Celso de Albuquerque et al. Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. cit., p. 33

⁴⁷ BARRETTO, Vicente de Paulo. *Bioética, biodireito e direitos humanos*, In: MELLO, Celso de Albuquerque et al. Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Apud CORREIA, Francisco de Assis. Alguns desafios atuais da bioética, cit., p.40.

⁴⁸ BARRETTO, Vicente de Paulo. *Bioética, biodireito e direitos humanos*, In: MELLO, Celso de Albuquerque et al. Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Cit, p.40.

ou influências externas”. Maria Celeste Cordeiro dos Santos sobre o princípio da autonomia complementa que este “reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida e o respeito à sua intimidade⁴⁹”.

A autonomia, segundo dicionário Aurélio é a “faculdade de se governar por si mesmo”, isto significa ser agente de suas próprias escolhas. Neste caso, a primazia é pela vontade do indivíduo, sua liberdade de dispor sobre a tomada de decisões que influenciem diretamente na sua vida. É por esse motivo que o princípio da autonomia acaba por se contextualizar no princípio da dignidade da pessoa humana, justamente por ser merecedora de proteção a convicção moral de cada indivíduo, salvaguardando sua liberdade de escolha.

No princípio da autonomia considera-se o indivíduo como sujeito ativo de suas decisões, sendo ele capaz de decidir sobre tudo que toca a relação médico-paciente. Aqui, como expõe Vicente Barretto, “o indivíduo é sujeito de direitos, garantidores de sua autonomia e liberdade, sendo tais fatores também considerados na sua condição de paciente”. Em última análise, o respeito à autonomia, acaba por determinar a preservação dos direitos fundamentais do homem, aceitando o pluralismo ético-social que existe na atualidade⁵⁰.

Para Francisco de Assis Correia⁵¹ “a autonomia converteu-se em símbolo do direito moral e legal dos pacientes para adotar suas próprias decisões sem restrição, nem coerção, por mais benfeitoras que sejam as intenções do médico”. O princípio da beneficência, não mais era suficiente para justificar as condutas assistenciais médicas vindas unilateralmente, o paciente, como detentor de direitos, poderia e deveria participar. A autodeterminação do paciente desmascarou o paternalismo médico, que há muito sofria críticas, principalmente com eclosão de movimentos das décadas de 60 e 70.

⁴⁹ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. O equilíbrio do pêndulo, São Paulo: Ed. Ícone 1998, cit., p. 43.

⁵⁰ Sgreccia E. Manual de Bioética. I- Fundamentos e Ética Biomédica. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

⁵¹ CORREIA, Francisco de Assis. Alguns desafios atuais da bioética, cit., p.40.

Os fatores históricos claramente tiveram peso para que se desenvolvesse a primazia do princípio da autonomia, tais como elencou Francisco de Assis Correia⁵²:

repulsa às atrocidades do período da segunda guerra mundial; o desenvolvimento da democracia participativa; a desconfiança da autoridade; o reconhecimento e desenvolvimento de direitos civis; a expansão da educação e da saúde pública; a inserção d direito, da economia, e do comércio nas questões médicas; os avanços e desafios gerados pela biotecnologia, pela engenharia genética.

Relevante observar, portanto, que acaba por existir certa tensão entre os e da autonomia quando falamos de saúde. A ideia de que se deve usar os princípios em conjunto, acaba ficando de certa forma embaçada pelo dilema “entre respeitar a liberdade e assegurar os melhores interesses das pessoas”⁵³. De um lado a vontade do paciente, de outro a obrigação do médico de prezar pelo bem estar.

No que tange a temática do presente trabalho, percebemos que através da ponderação de princípios bioéticos em conjunto com o princípio da dignidade humana, além de outras garantias constitucionais como direito à saúde e a liberdade, notaremos com clareza a necessidade do biodireito em regular tais questões, para que se possa sair do campo de discussões puramente principiológicas. Apesar de não existir na Constituição um capítulo dedicado à matéria, “todas as disposições constitucionais relativas à vida humana, sua preservação e qualidade, estão imbricadas com o biodireito, que não se restringe às questões atinentes à saúde⁵⁴”, apesar de este ser o foco principal trabalhado por mim.

1.5. PRINCÍPIOS DO BIODIREITO

Assim como a bioética, o biodireito também procurou princípios para se alicerçar, e o fez através da ética do Direito e do Estado, elaborando normas jurídicas a luz de um

⁵² Ibidem, p. 41

⁵³ ENGELHARDT JR., H. Tristram. Fundamentos da bioética, cit., p.132

⁵⁴ BARBOZA, Heloisa Helena . Novos Temas de Biodireito e Bioética. Organizadores: Heloisa Helena Barboza, Jussara Maria Leal de Meirelles e Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar. 2003. p. 74.

Estado democrático de Direito⁵⁵. Como já foi visto sobre a questões de princípios universais, o biodireito, diferente da bioética, busca relativizar dentro da realidade de cada sociedade princípios que estejam de acordo com a sua realidade. Apesar de ter sido considerada por Kant, a dignidade humana como imperativo categórico, e esta ser um dos cernes do biodireito, não é possível conquistar princípios absolutos que abarquem toda a pluralidade de valores em populações diversas, por mais que todos os países em regimes democráticos a tenham presente.

Nesse sentido, o reconhecimento da dignidade humana em parâmetros internacionais admitindo uma nova categoria de direitos da pessoa humana no campo da biotecnologia, se deu em 1997 com a *Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos* da UNESCO⁵⁶. Acertada por 186 países, como constatou Vicente Barretto⁵⁷, terminou por confirmar a bioética como tema a ser observado pelo mundo todo, inclusive por países que ainda não possuem organização nessa temática.

Como expõe Guilherme Calmon a partir do pensamento de Vicente Barretto⁵⁸:

“A Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, de 1997, representa a positivação, no plano internacional, do biodireito, cuidando-se da busca da criação de uma ordem ético-jurídica intermediária entre a bioética e o biodireito, trazendo deveres aos países signatários de incorporar em seus sistemas jurídicos nacionais as disposições do texto internacional. No âmbito interno de cada país signatário da Declaração de 1997, as regras jurídicas a serem elaboradas deverão necessariamente estar em conformidade com os princípios e regras estabelecidas no referido documento internacional, especialmente diante da incorporação de tais normas jurídicas na ordem jurídica interna”.

⁵⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação: O biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 119

⁵⁶ *Ibidem*, p. 109.

⁵⁷ BARRETTO, Vicente de Paulo. *Bioética, biodireito e direitos humanos*, In: MELLO, Celso de Albuquerque et al. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 66.

⁵⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação: O biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 119.

No âmbito brasileiro, os princípios e regras do biodireito tiveram como fonte a Constituição de 1988, que traz como princípio, “e ao mesmo tempo valor fundamental”, a dignidade da pessoa humana disposta no seu Art. 1º, inciso III reconhecido como um dos mais importantes do nosso ordenamento jurídico⁵⁹. Apesar de encontrar outras fontes, haja vista seu caráter multidisciplinar, segundo Guilherme Calmon, o biodireito elencou como seus princípios gerais a igualdade (material), a justiça social, o solidarismo, o pluralismo político, a democracia e a liberdade, além, é claro da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, como mais importante princípio do biodireito, traz o respeito à singularidade e diversidade. Desta forma, reconhece sua aplicação no que tange a bioética, no princípio da autonomia, que trata de respeitar a liberdade de escolha de cada indivíduo a partir de suas crenças, sendo senhor de suas decisões, garantindo sua juridicização através do biodireito.

1.5.1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ao longo dos séculos, no contexto do desenvolvimento do pensamento humano, podemos perceber que o conceito de dignidade humana esteve presente inclusive em períodos históricos com menor reconhecimento da concepção de direitos humanos. Desde a antiguidade clássica o pensamento filosófico trouxe a noção de dignidade para o contexto social. Passando pelo período estoico, Roma Antiga, difusão do Cristianismo, Idade Média até os dias atuais, ela esteve presente com os mais variados conceitos e formas de atuação⁶⁰.

O primeiro conceito mais profundo de dignidade da pessoa humana foi fundamentado por São Tomás de Aquino, que acabou por influenciar, inclusive, seus conceitos mais contemporâneos. Para Aquino, a pessoa não era apenas um ser vivo

⁵⁹ Ibidem, p. 121-122.

⁶⁰ MÁDERO, Miguel Carlos. Constituição Bioética e Biodireito. Biodireito Constitucional. Coordenadoras: Maria Garcia, Juliane Caravieri Gamba, Zélia Cardoso Montal. Campus Juridico, 2009. p. 402

racional, era um indivíduo que tinha a capacidade de se autodeterminar, logo vivia em função da sua própria vontade a partir de sua liberdade⁶¹.

Até o século XVII, os conceitos mais recentes de dignidade humana envolviam a religião: como Deus criou o homem a sua imagem e semelhança. Eles imediatamente se tornavam, portanto, detentores da dignidade, em razão de serem superiores a todos os demais seres vivos - eram seres privilegiados pela inteligência e o pelo raciocínio.

Ainda neste século, a sacralidade do conceito de dignidade foi afastada por um processo de reformulação - mantendo a essência de igualdade entre os homens no que diz respeito à dignidade e a liberdade - a nova concepção se deu a luz do racionalismo de Kant, que acreditava que a autonomia é fundamento da dignidade da natureza da vida humana e de toda a natureza racional⁶² e significava “faculdade do ser humano de se autogovernar de acordo com seus padrões de conduta moral sem que haja influência de outros aspectos exteriores (sentimentos, repressões etc)⁶³”

Mais a frente, após constante transformação, e de períodos de intenso questionamento mundial sobre as atrocidades cometidas na 2ª Guerra Mundial, foi lançada em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos que consagrou a dignidade da pessoa humana. Esta passou a ser enfoque das constituições posteriores a períodos autoritários, sendo considerada fundamento principal para a construção do Estado Democrático de Direito.

⁶¹SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 6 ed. Revisada e atualizada. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008, p. 33)

⁶² MÁDERO, Miguel Carlos. *Constituição Bioética e Biodireito*. Biodireito Constitucional. Coordenadoras: Maria Garcia, Juliane Caravieri Gamba, Zélia Cardoso Montal. Campus Juridico, 2009. p. 403 Apud KANT, Immanuel, *Fundamentação*, cit., p.77

⁶³ Definição de Autonomia. Dicionário online. Disponível em <https://www.dicio.com.br/autonomia/> Acessado em 28/11/2016.

Maria Celina Bodin⁶⁴, a partir dos conhecimentos de Fernando Savater⁶⁵, afirma que “antes de se incorporar tal princípio às constituições, foi imperioso que se reconhecesse o ser humano como sujeito de direitos, e assim, detentor de uma ‘dignidade’ própria, cuja base (lógica) é o universal direito da pessoa humana a ter direitos”. Isto é, sob uma visão Kantiana, a dignidade é inerente ao homem ao passo que qualquer atitude considerada desumana cometida contra ele, se apresentará como uma violação da pessoa, logo do sujeito de direitos, já que o reconhecimento desses direitos o tira da condição de objeto⁶⁶.

No Brasil, embora tardiamente, a Constituição de 1988, , foi a primeira na história do constitucionalismo pátrio a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais, como expõe Ingo Sarlet⁶⁷. A ideia de respeitar o ser humano fundamentou toda a norma jurídica do nosso Estado de Direito e ficou elencada no seu artigo 1º, inciso III⁶⁸, ao estabelecer, in verbis:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I – a soberania;
II – a cidadania;
III – a dignidade da pessoa humana;
IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
V – o pluralismo político.”

Por ser tratada na Constituição como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ficou claro que a intenção do constituinte foi de tornar a dignidade da pessoa humana em norma embasadora e informativa de toda a ordem constitucional, como esclarece Ingo Sarlet⁶⁹. O autor ainda complementa que esta intenção abarcou “inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios

⁶⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civilconstitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 82.

⁶⁵ SAVATER, Fernando. Ética como amor-próprio. São Paulo: Martins Fontes, 2000 [1988], p.165.

⁶⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civilconstitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 85.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 61

⁶⁸ Constituição Federal. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acessado em 28/11/2016.

⁶⁹ Ibidem, p. 61.

fundamentais) aquilo que se pode – (...) – denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material”⁷⁰.

Na concepção de Ingo Sarlet⁷¹, a dignidade da pessoa humana é esclarecida como a concretização constitucional dos direitos fundamentais. Baseia esse posicionamento, no Brasil, com a previsão do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, o qual assegura não se tratar de uma norma que simplesmente faz parte do nosso ordenamento jurídico, mas como princípio de primazia que norteia demais princípios e regras presentes na Carta Magna.

Apenas a fim de frisar discussão já tratada em tópico anterior, sobre princípios e regras, assunto de discordância entre a comunidade acadêmica, cabe ressaltar que no que diz respeito a dignidade da pessoa humana, o pensamento de Alexy de que é de que não existe princípio absoluto. Isto é, embora a doutrina traga muitas vezes a dignidade humana como um, quando o faz, acaba por contradizer o próprio entendimento do que é um princípio⁷².

Nesse sentido Ingo Sarlet discorre através do entendimento do pensamento de Alexy⁷³, “que a dignidade da pessoa, na sua condição de norma jurídica, não assume, para além de sua dimensão principiológica, a feição de regra jurídica” Admite que ela atua como norma-princípio com objetivo de ordenar algo que deve ser realizado na melhor medida possível, mas sem caráter de regra, visto que as regras “contém prescrições imperativas de conduta”. O que merece apreciação na aplicação da dignidade da pessoa humana é saber se esta norma fundamentada por este princípio esta sendo violada ou não.

Na obra de Maria Celina Bodin⁷⁴, a autora destaca o pensamento de Antonio Junqueira de Azevedo, em que ele considera o uso da expressão “dignidade da

⁷⁰ Ibidem, p, 61.

⁷¹ Ibidem, p. 73.

⁷² Ibidem, p. 73

⁷³ CF., Robert Alexy. Teoria de los Derechos Fundamentales, p. 106 e ss

⁷⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civilconstitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 83

pessoa humana”, acontecimento recente no universo jurídico, constatando que atualmente:

“[...] a dignidade da pessoa humana como princípio jurídico pressupõe o imperativo categórico da intangibilidade da vida humana e da origem, em consequência hierárquica, aos seguintes preceitos: 1- respeito à integridade física e psíquica das pessoas; 2- consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; e 3- respeito pelas condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária”

Ou seja, é neste fundamento da dignidade humana como imperativo categórico, que a ordem jurídica de um estado democrático se apoia e se constitui, e por óbvio situa este princípio como fundamento da Constituição, não sendo, portanto, uma criação constitucional. Ele aparece como “valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática⁷⁵”.

Sendo a dignidade humana valor supremo base de uma sociedade democrática, esta pode analisada sob vários aspectos para garantia de direitos humanos, visto que tem por objetivo tutelar a vulnerabilidade humana frente quaisquer abusos, alcançando todos os setores do nosso ordenamento jurídico. A exemplo, como garante Daniel Sarmiento, a dignidade humana pode ser considerada, inclusive como “principal critério material para ponderação de interesses, quando da colisão de princípios constitucionais” de maneira que como valor supremo é “um fim e não um meio para o ordenamento constitucional, não se sujeita a ponderações⁷⁶”.

Torna-se evidente, que, quando houver uma situação jurídica de conflitos de princípios que tenham mesmo grau hierárquico, a medida utilizada para a solução do mesmo, será a que objetive garantir a dignidade da pessoa humana. Para isto, é necessário que se avalie o caso concreto, a fim de demarcar qual interesse é mais viável em sair vitorioso na preservação de direitos individuais, pretendidos pelos sujeitos que os propuseram.

⁷⁵ Ibidem, p. 83.

⁷⁶ Ibidem, p. 84

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E AUTONOMIA DA MULHER NA ESCOLHA DO PARTO

Como já vimos, a Bioética é um campo filosófico que atua em diferentes movimentos sociais e comunidades democráticas, visto que por sermos uma sociedade plural em ideais, é impossível termos princípios absolutos, mesmo sendo o da bioética os norteadores da garantia da cidadania em que os indivíduos se encontram em situação de vulnerabilidade em relação aos profissionais da saúde ou diante da ciência. Atualmente, a Bioética é uma disciplina cujo campo já está delineado e sua ampla difusão e desenvolvimento contribuiu para demarcar direitos, justamente pelo seu caráter multidisciplinar.

Apesar de sua crescente institucionalização e de sua atuação tratar amplamente de todas as nuances relativas aos direitos reprodutivos, e combate de abusos da ciência sobre os seres humanos, as questões feministas ainda não tem a atenção que merecem na área. Muitos estudos sobre a negação de direitos da mulher como ser detentor de direitos e de autonomia foram realizados no campo das ciências jurídicas, mas mesmo assim esbarramos em muitas situações em que a mesma não pode exercer sua livre escolha. Este será o objeto desse trabalho: a mulher como ser livre para escolher a forma como deseja ter seu filho.

Para fazer essa construção é preciso inserir a mulher em um contexto trazido pela Constituição Federal de 1988, que garantiu a igualdade entre gêneros em seu texto como dispõe artigo 5º, inciso I:

“Art. 5º

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Sendo a mulher indivíduo de garantias constitucionais quando nos referimos a direitos e deveres, porque ainda é socialmente visível os abusos que as mulheres sofrem no que diz respeito a seus corpos e sua vontade? Como o Estado Democrático de Direito, pode garantir a dignidade humana da parturiente, assegurando que ela tenha autonomia sobre seu próprio corpo e a suas escolhas? Esses são

questionamentos que pretendemos sanar ao tratarmos o tema dos direitos reprodutivos e a escolha da via de parto.

Ainda no âmbito dos princípios, voltando à questão bioética, examinamos no capítulo anterior as dúvidas acerca da primazia de um princípio sobre o outro. No campo da pesquisa científica com seres humanos, conseguimos trazer os limites esperados pelo surgimento da disciplina, na área biomédica percebemos a evolução na proteção humana em várias discussões. No entanto, vale observar, que quando pesquisamos sobre a situação feminina na área da saúde, fica evidente que o conceito de complementaridade entre princípios ainda está bem atrasado.

No amplo campo de aplicação e desenvolvimento da bioética fica claro o conflito entre o princípio da autonomia - correspondente à decisão feminina sobre a disposição de seu parto – e o princípio da beneficência, em que na maioria esmagadora dos casos, o médico que estipula o que é melhor para a mulher e o bebê. Nesse sentido, a busca pela garantia de direitos da mulher se dá através de garantias constitucionais, do biodireito, e também a luz de dos princípios bioéticos.

2.1. TIPOS DE PARTO E TÉCNICAS MÉDICAS

Para se compreender o modelo hegemônico de assistência ao parto no Brasil e desta forma questionar a ausência da efetivação da autonomia feminina, será necessária uma breve apresentação tanto de conceitos gerais relacionados ao parto, quanto de algumas técnicas médicas relacionadas a estes eventos, principalmente porque algumas delas estão diretamente ligadas à de luta pela humanização do parto e respeito aos direitos reprodutivos femininos.

Por definição técnica de Guyton e Hall⁷⁷, entende-se por parto o nascimento do bebê, isto é, o processo final desencadeado pelo fim de uma gestação. Dizem os autores: “no final da gravidez o útero fica progressivamente mais excitável, até que finalmente desenvolve contrações rítmicas tão fortes que o bebê é expelido”,

⁷⁷ GUYTON, Arthur e HALL, Jonh, *Tratado De Fisiologia Médica*. 12 ed. Elsevier , 2011, p. 1068.

resultando na expulsão do feto, da placenta, da bolsa de líquido amniótico e do cordão umbilical.

Conceitualmente existem dois tipos de parto: o vaginal e o cirúrgico. O parto vaginal inclui as modalidades de parto “normal”, parto instrumental (ou operatório que é realizado com auxílio de fórceps ou de vácuo-extração) e parto humanizado (natural domiciliar ou hospitalar). Já o procedimento cirúrgico, conhecido como cesariana, “é definido como a extração do feto através de uma incisão na parede abdominal (laparotomia) e na parede uterina (histerotomia)”⁷⁸

Vale esclarecer que o parto “normal” conceituado pelo Ministério da Saúde como procedimento no qual o conceito nasce por via vaginal⁷⁹, permite a utilização de uma série de procedimentos interventivos como: a indução do trabalho de parto por meio de hormônios sintéticos ou por rompimento artificial das membranas ovulares e amnióticas⁸⁰, a raspagem dos pelos pubianos e a assepsia perineal; a lavagem intestinal; a instalação de acesso venoso e de sonda vesical de alívio na parturiente; a utilização de analgesia peridural; a suspensão da alimentação; o repouso obrigatório no leito hospitalar; e a episiotomia de rotina - corte da mucosa vaginal e planos profundos do assoalho pélvico, com utilização de bisturi e tesoura, para que a apresentação fetal não venha a distender o períneo materno; Manobra de Kristeller (pressão no estômago feita pelo médico para forçar o bebê a nascer), entre outros⁸¹

Por ter essa definição ampla de parto “normal”, também podemos incluir nesta modalidade os partos realizados por meio de fórceps ou vácuo-extração, são os

⁷⁸ Marcos Augusto Bastos Dias, Cesariana: considerações sobre a trajetória desta cirurgia ao longo do último século p. 12 *apud* DEEP R. Cesarean Delivery. In: Obstetrics Normal & Problem Pregnancies (S. Gabbe, J. Niebyl & J. Simpson ed.), p.561-642. New York. Churchill Livingstone, 1996. Disponível em

http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/ProdEditorial/ANS_O_Modelo_da_atencao_obstetrica_no_setor_da_SS.pdf Acessado em: 01/12/2016.

⁷⁹ BARCELLOS, Luiza Gonçalves, SOUZA, André Oliveira Rezende de e MACHADO, César Augusto Frantz. Cesariana: uma visão bioética. Revista Bioética, 2009 p, 502.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 502.

⁸¹ AMORIM, Melania Maria Ramos; COSTA, Aurélio Antônio Ribeiro; COUTINHO, Isabela; NETO, Carlos Noronha. *Análise crítica dos métodos não farmacológicos de indução do trabalho de parto*. Disponível em <<http://files.bvs.br/upload/S/0100-7254/2010/v38n4/a004.pdf>> Acessado em: 01/12/2016. p. 778-780.

chamados partos instrumentais. Nesse caso, também ocorrem por via vaginal, apesar de serem realizados por técnicas interventivas que aceleram a expulsão do feto sem a necessidade de migrar para a cirurgia cesárea com o corte abdominal. No entanto, tamanha é invasão constatada pelo uso dessas técnicas que existem alguns autores que identificam este parto como sendo um parto vaginal operatório, incluindo-o no rol de partos cirúrgicos⁸².

Este parto vaginal operatório ganhou força com o aumento da medicalização do nascimento. Estima-se que o uso do fórceps acontece há mais de 400 anos, desde que o parto passou de um evento social para um evento médico, como explicita Alfredo de Almeida Cunha. O procedimento começou a ser utilizado como forma de alívio em partos complicados. O autor disserta sobre a evolução do parto vaginal cirúrgico para o parto cesariana, expondo que este fato, apesar de multifatorial, ocorreu, pois o feto ganhou condição de paciente da década de 60. Ou seja, o risco de ser lesado no parto vaginal operatório passou a ser valorizado e as regras jurídicas para a utilização de fórceps ficaram mais severas⁸³.

2.1.1.PARTO CESARIANA: BREVE CONTEXTO HISTÓRICO E ANÁLISE DE SUA TRAJETÓRIA

Tem-se que a primeira cirurgia cesariana em uma mulher viva foi realizada por um castrador de porcos, em 1500, para amenizar as dores de sua mulher que estava há dias em trabalho de parto. Este teria feito um corte no ventre da mulher, como habitualmente fazia em seus os porcos, e, portanto, conseguiu retirar o bebê com vida⁸⁴. Nesse contexto, observa-se que a cesariana surgiu em caráter de urgência, primeiramente vislumbrando "resolver situações de risco materno e fetal, cujas

⁸² CUNHA, Alfredo de Almeida. Indicações do parto a fórceps. Revista Femina, Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia. Volume 39, nº 12, dezembro de 2011. p. 549-554. LEVENO, Kenneth J. Manual de Obstetrícia de Williams. 21ª edição. Porto Alegre: Artmed, 2005.p. 551

⁸³ Ibidem, p. 551.

⁸⁴ PAES, Carolina Bastos Lima. a autonomia da parturiente na escolha da via de parto x a vida do nascituro: uma abordagem bioética p.. 10

indicações estão bem estabelecidas nos livros textos de obstetrícia, teve participação importante na melhoria desses índices⁸⁵”.

Como afirma o doutor Marcus Augusto Bastos Dias⁸⁶

[...] no final dos anos 60 a cesariana indicada de forma correta e com o grau de segurança adquirido poderia ser apontada como uma das mais importantes conquistas da obstetrícia moderna pela capacidade de garantir às mulheres e aos seus bebês que suas chances de morrer durante o trabalho de parto e parto tinham sido drasticamente reduzidas.

Nota-se que a cirurgia cesárea se popularizou com a justificativa de facilitar o parto, pois trazê-lo para o âmbito hospitalar resultou em uma maior confiabilidade para a redução das taxas de mortalidade materno-infantil resultantes de partos normais forçados, ocorridos em ambientes insalubres. Porém, não foi apenas essa promessa que ajudou a disseminar a escolha pela cirurgia ao longo os anos, era uma possibilidade real facilitar o parto tornando-o menos doloroso para a gestante através de métodos anestésicos e de aceleração do nascimento através de hormônios sintéticos.

Com o crescimento acelerado do número de cesarianas, temos a realização de inúmeras cirurgias desnecessárias em virtude de uma concepção errônea de que o parto natural, necessariamente, é mais doloroso, fazendo com que as gestantes optem por um parto teoricamente mais prático, rápido e indolor. Se no período inicial de sua popularização a operação cesariana representou a superação dos elevados índices de mortalidade materno-infantil, hoje a encontramos totalmente desviada do objetivo de priorizar a vida da mãe e do bebê em situações de verdadeiro risco.

No atual contexto brasileiro, percebemos que a operação cesariana, é pedra angular na medicalização da saúde feminina, apesar de vermos anteriormente esta que começou com o uso do fórceps (o que não é unanimidade entre os autores), se

⁸⁵ DIAS, Marcos Augusto Bastos. Cesariana: considerações sobre a trajetória desta cirurgia ao longo do último século p. 12. Disponível em http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/ProdEditorial/ANS_O_Modelo_da_atencao_obstetrica_no_setor_da_SS.pdf acessado 01/12/2016. Acessado em: 01/12/2016.

⁸⁶ Ibidem.

institucionalizou com a prática cirúrgica, elevando seu número a cada ano. No Brasil, a cesariana acaba por se tornar regra.

Através de pesquisas com diversas instituições científicas do Brasil, o maior estudo já realizado sobre parto e nascimento denominado “Nascer no Brasil”, coordenado pela Fiocruz, foi divulgado em maio deste ano e revela que a cesariana é realizada em 52% do total de nascimentos no país, sendo na rede particular 88%, a taxa de brasileiros que vêm ao mundo dessa forma⁸⁷.

Como o acesso a cirurgia no setor privado é mais comum, notamos pelos dados estatísticos que mais de 80% das mulheres optam, no final da gestação pela cirurgia cesárea marcada em média para 38^a semana, muitas vezes sem que haja sequer chegado ao trabalho de parto. Apesar de se tentar fazer uma transferência de responsabilidade da cesárea como escolha primeira da mulher, estudos feitos pela Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz apontam por meio de entrevistas com 23.894 mulheres entre 2011 e 2012, que praticamente 70% delas tinham em mente no início da gestação, a opção pelo parto natural, e apenas cerca de 10% delas conseguiram ter seus desejos atendidos⁸⁸.

Nesse sentido, como compreender esta realidade, visto que a maioria das mulheres deseja de dar à luz aos seus bebês de forma natural, sem intervenção cirúrgica? A reflexão demonstra que a medicalização do parto, o esvaziamento do protagonismo da mulher e a anulação de sua consciência no que tange o respeito à sua individualidade no âmbito da assistência à gestação e ao parto, a sensação de segurança trazida pela substituição da imprevisibilidade do trabalho de parto pelos agendamentos e conveniências para médicos e famílias são alguns fatores a serem considerados.

⁸⁷Disponível em < <http://portal.fiocruz.br/pt-br/content/pesquisa-revela-numero-excessivo-de-cesarianas-no-pais>> Acessado em: 01/12/2016.

⁸⁸ DIAS, DOMINGUES, PEREIRA,, FONSECA , GAMA , THEME FILHA, BITTENCOURT , ROCHA , SCHILITZ , LEAL . *Trajetória das Mulheres na Definição pelo Parto Cesáreo: Estudo de Caso em Duas Unidades do Sistema de Saúde Suplementar do Estado do Rio de Janeiro*. Ciência e Saúde Coletiva, 2008. Disponível em < <http://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/10309>> Acessado em: 01/12/2016.

A ocorrência de operações cesarianas hoje no Brasil é considerado caso de “epidemia”, chegando a cerca de 55% de todos os partos realizados no país, índice muito superior ao recomendado pela Organização Mundial de Saúde⁸⁹, que é de no máximo 15%. Conforme Dossiê elaborado pela *Rede Parto do Princípio* para a CPMI da Violência Contra as Mulheres⁹⁰

“[...] tornar público o abuso de cesáreas no setor suplementar parecia ser uma boa tática para sensibilizar gestores a respeito da importância do parto normal e da humanização do nascimento, todavia, constatou-se que as taxas de cirurgia cesariana aumentaram ainda mais: em 2008, corresponderam a 84,5%, na rede privada, e a 31,0%, na rede pública”

Assegura a médica obstetra Carmen Simone Diniz, professora da Faculdade de Saúde Pública da USP⁹¹ que:

“ O parto normal é desnecessariamente mais doloroso e arriscado no Brasil. Ele é agressivo, feito com técnicas como a episiotomia [corte no períneo para ampliar o canal de parto], a injeção de ocitocina, que provoca contrações mais dolorosas e, normalmente, a negação do acompanhante, o que potencializa a dor no momento do nascimento. Assim, a cesariana se torna uma salvação. É a melhor alternativa para escapar desse cenário, oferecendo conforto e cuidado”

A violência obstétrica é, portanto, uma verdade trágica a ser encarada no Brasil, pois se confirma como uma realidade na assistência ao parto, especialmente no sistema público de saúde. Logo, o nascimento por via cirúrgica surge para a mulher como uma fuga das consequências relacionadas aos abusos cometidos no parto normal, além de outros possíveis fatores como afirmação de *status* social e econômico, (sendo maiores nas regiões Centro-oeste, Sudoeste e Sul)⁹² ou até mesmo uma tentativa de burlar a imprevisibilidade.

⁸⁹ Organização Mundial de Saúde. Assistência ao parto normal: um guia prático. Genebra: OMS; 1996

⁹⁰ Parto do Princípio. *Violência obstétrica: Parirás com dor*. Disponível em <https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf> Acessado em: 20/11/2016.

⁹¹ Matéria Jornalística disponível em < <http://veja.abril.com.br/saude/cesariana-por-que-ela-e-uma-epidemia-no-brasil/> > Acessado em 01/12/2016.

⁹² BARCELLOS, Luiza Gonçalves, SOUZA, André Oliveira Rezende de e MACHADO, César Augusto Frantz. Cesariana: uma visão bioética. Revista Bioética, 2009, p. 502 – tabela.

2.4.1. PARTO HUMANIZADO: UMA POSSIVEL SOLUÇÃO PARA A “EPIDEMIA DAS CESARIANAS” E GARANTIDOR DE DIREITOS INERENTES A DIGNIDADE DA PARTURIENTE

Em oposição à medicalização cada vez mais frequente e exagerada do parto, que tem como justificativa médica acelerar o processo de nascimento do bebê, afastando o “sofrimento desnecessário da gestante”, aparece o conceito de parto humanizado. Esta prática busca extinguir a utilização intervenções invasivas e procedimentos desnecessários durante todo o período do nascimento, desde o trabalho de parto até o pós-parto, objetivando as atenções à figura da mulher, priorizando seu conforto e segurança⁹³.

Relembrando conceito dado por Samily Maria⁹⁴, o parto humanizado é:

[...] a ideia revolucionária de a mulher parir como quiser, na posição mais confortável para ela e o/a bebê, na presença de pessoas que tragam segurança, com uma equipe médica comprometida com o bem estar tanto da mãe quanto da criança, onde não sejam utilizados métodos de intervenção de maneira abusiva e desnecessária.

Entende-se por procedimentos desnecessários aqueles que possuem utilidade questionável, isto é, questiona-se acerca do benefício que será gerado na sua utilização, avaliando se é proporcional ao dano causado à gestante e ao feto; ou então, por que existe comprovação científica que justifique que seu emprego contribui para um parto bem-sucedido.

Além disso, como sistematicamente descreve Daphne Rattner⁹⁵

Humanização como a legitimidade política de reivindicação e defesa dos direitos das mulheres (e crianças, famílias) na assistência ao nascimento – ou uma assistência baseada nos direitos, demandando um cuidado que promova o parto seguro, mas também a assistência não-violenta, relacionada às idéias de “humanismo” e de “direitos humanos”. Nesse entendimento, as usuárias têm o direito de conhecer e decidir sobre os procedimentos no parto sem complicações. Seria uma estratégia mais diplomática do que falar da violência

⁹³ Disponível em COREMSP 2008 P. 4 <http://inter.coren-sp.gov.br/sites/default/files/parto_natural.pdf> Acessado em: 01/12/2016

⁹⁴ Disponível em: <<https://juntos.org.br/2013/07/humanizar-o-parto-uma-pauta-feminista/>> Acessado em: 28/11/2016.

⁹⁵ Parto do Princípio. *Violência obstétrica: Parirás com dor*. Disponível em <https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf> Acessado em: 20/11/2016.

no parto e de gênero, permitindo um diálogo com os profissionais de saúde. Entre os direitos, estão: o direito à integridade corporal (não sofrer dano evitável); o direito à condição de pessoa (direito à escolha informada sobre os procedimentos); o direito de estar livre de tratamento cruel, desumano ou degradante (prevenção de procedimentos física, emocional ou moralmente penosos); o direito à equidade, tal como definida pelo SUS.

Torna-se evidente, portanto, que o parto humanizado simboliza a recuperação do respeito à fisiologia do nascimento, retornando ao seu aspecto de “normalidade”, milenarmente autônomo, que vise garantir que a insegurança e o medo que possam vir a surgir sejam minimizados e que o nascituro seja recebido em um ambiente acolhedor e menos medicalizado, seja ele em casa (parto natural domiciliar) ou no hospital (parto natural hospitalar). Principalmente, como forma de dar à mulher o protagonismo que merece acerca do nascimento de seu próprio filho, garantindo-lhe o direito ao livre exercício de sua autonomia e o respeito à sua dignidade.

A “epidemia das cesárias”, preocupante situação no Brasil, tornou-se tema de saúde pública e há muito o governo tem investido em incentivos de humanização do parto. Dentre alguns exemplos temos em 2008, a campanha lançada pelo Ministério da Saúde “Parto normal: mais segurança para a mãe e o bebê⁹⁶” Porém, já em 2000 encontramos elaborada política pública de humanização com o Programa de Humanização no Pré-natal e Nascimento (PHPN) através da Portaria/GM nº 569, de 1/6/2000; em 2003 a Política Nacional de Humanização (PNH)⁹⁷ e mais recente, podemos citar o protocolo de diretrizes para o parto cesariana, aprovada pela Portaria n. 306 de 28 de março de 2016, com objetivo de criar padrões para evitar as cirurgias desnecessárias⁹⁸.

2.4.2. NORMATIZAÇÕES E LEGISLAÇÕES VIGENTES: UMA BREVE EXPOSIÇÃO DO DIREITO DA PARTURIENTE À ACOMPANHANTE E À DOULA

⁹⁶ BARCELLOS, Luiza Gonçalves, SOUZA, André Oliveira Rezende de e MACHADO, César Augusto Frantz. Cesariana: uma visão bioética. Revista Bioética, 2009, p. 502.

⁹⁷ Parto do Princípio. *Violência obstétrica: Parirás com dor*. P, 17 Disponível em <https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf> Acessado em: 20/11/2016

⁹⁸ Disponível em <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2016/marco/31/MINUTA-de-Portaria-SAS-Cesariana-03-03-2016.pdf>, Acessado em 28/11/2016.

Percebe-se como ambiente acolhedor exposto por Diniz, toda a estrutura necessária para que a mulher se sinta confiante na sua decisão, já que vimos anteriormente que a maioria delas tem a pretensão de ter o bebê pela via natural e no fim da gravidez decide pelo parto com intervenção cirúrgica. Essa estrutura envolve toda a assistência ao parto sob no quesito informação, que deve ser clara e transparente sobre riscos e vantagens de todos os tipos de procedimentos, tais como a presença de acompanhantes no pré-parto (médico obstetra de sua confiança e doula, se for da vontade da mulher), parto (direito à acompanhante garantido por lei), e pós-parto (todo o respaldo necessário no puerpério)⁹⁹.

Também é possível elencar como medida de humanização a assistência aos partos de baixo risco por enfermeiras obstétricas, com o objetivo de melhorar o atendimento do profissional de saúde de forma que este valorize o que a mulher está sentindo e descrevendo durante o trabalho de parto, passando-lhe a confiança e as informações devidas para que esta se sinta segura sobre a não necessidade de um médico para intervir neste procedimento, sem que haja algum risco real fundamentado na ciência e laudos médicos¹⁰⁰.

As temáticas acima reunidas já estão contempladas, inclusive, por legislação específica. O direito à acompanhante restou contido na Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005, que garante em seu artigo 19-J caput e § 1º que a gestante possa escolher se quer ou não acompanhamento de familiar, cônjuge, ou qualquer pessoa de sua confiança¹⁰¹.

Art. 19-J: Os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde - SUS, da rede própria ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de 1 (um) acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato.

§ 1º O acompanhante de que trata o caput deste artigo será indicado pela parturiente.

⁹⁹ DINIZ, Carmen Simone Grilo. Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de um movimento, Ciênc. saúde coletiva vol.10 no.3 Rio de Janeiro July/Sept. 2005.

¹⁰⁰ CASTRO, Jamile Claro de e CLAPIS, Maria José. Parto Humanizado na percepção das enfermeiras obstétricas envolvidas coma a assistência do parto. Ver. Latino Am. Enfermagem. 2005. Novembro-dezembro; 13(6):960-7

¹⁰¹ Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm

Faz mister ressaltar que a lei do acompanhante não se confunde à presença das doulas. Esse direito foi mais uma conquista das parturientes no caminho da humanização, sendo sancionada por Lei Estadual fluminense n^o 7.314, de 15 de junho 2016¹⁰² que:

dispõe sobre a obrigatoriedade das maternidades, casas de parto e estabelecimentos hospitalares congêneres da rede pública e privada do estado do rio de janeiro em permitir a presença de doulas durante o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, sempre que solicitadas pela parturiente.

Conforme artigo 1^o:

“Art. 1^o - Ficam, as maternidades, casas de parto e estabelecimentos hospitalares congêneres, da rede pública e privada do Estado do Rio de Janeiro, obrigados a permitir a presença de doulas durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, sempre que solicitadas pela parturiente, sem ônus e sem vínculos empregatícios com os estabelecimentos especificados.

§ 1^o - Para os efeitos desta lei e em conformidade com a qualificação da CBO (Classificação Brasileira de Ocupações), código 3221-35, doulas são acompanhantes de parto escolhidas livremente pelas gestantes e parturientes, que “visam prestar suporte contínuo à gestante no ciclo gravídico puerperal, favorecendo a evolução do parto e bem-estar da gestante”, com certificação ocupacional em curso para essa finalidade”

Para melhor ilustrar, considera-se Doula como mulher que dá “suporte físico e emocional às parturientes durante e após o parto. Esse suporte aborda aspectos emocionais como encorajar, tranquilizar e estimular; medidas de conforto e prestar orientações”. Etimologicamente falando Doula no grego quer dizer: "mulher que serve a outra mulher¹⁰³". Ainda sobre a legislação que permite acompanhamento dessas mulheres no SUS destacamos o art. 3^o, sobre o qual é seu limite de atuação:

Art. 3^o: Fica vedada às doulas a realização de procedimentos médicos ou clínicos, como aferir pressão, avaliação da progressão do trabalho de parto, monitoração de batimentos cardíacos fetais, administração de medicamentos, entre outros, mesmo que estejam legalmente aptas a fazê-los.

Para finalizar, cabe ressaltar que são diversos os benefícios do parto humanizado para a mãe (tanto físicos como psicológicos) e para o bebê. Para a mãe

¹⁰²Disponível em

[http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/scpro1519.nsf/18c1dd68f96be3e7832566ec0018d833/f9268811ec3b2dc083257f9600761490/\\$FILE/Livro%20PLDO%202017.pdf](http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/scpro1519.nsf/18c1dd68f96be3e7832566ec0018d833/f9268811ec3b2dc083257f9600761490/$FILE/Livro%20PLDO%202017.pdf) Acessado em: 01/12/2016.

¹⁰³ SANTOS, Denise da Silva Santos e NUNES, Isa Maria. Doulas na assistência ao parto: concepção de profissionais de enfermagem. Esc. Anna Nery vol.13 no.3 Rio de Janeiro July/Sept. 2009

podemos destacar: ter autonomia para decidir como prefere passar seu trabalho de parto, e posição mais confortável para dar a luz, fazer uso de técnicas que minimizem a dor durante o trabalho de parto, como banho quente, massagem, bola de pilates, entre outros; ter o apoio de uma doula, uma recuperação mais fácil, visto que não há pontos e cortes com que se preocupar, minimização da probabilidade de infecção hospitalar, aumento do vínculo mãe-bebê, pois o contato e a amamentação ocorrem em seguida ao parto. Este último também é vantajoso para o bebê, pois já vai direto para os braços da mãe, é poupado de procedimentos e exames físicos, tem mais conforto respiratório, entre outros.

2.3. AUTONOMIA DA MULHER: A BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS REPRODUTIVOS

Como já observado, a autonomia utilizada para fins de definição está contida no conceito racional de Kant determinada pelo ideário de liberdade do indivíduo em gerir livremente a sua vida, realizando racionalmente as suas próprias escolhas, a partir de seus próprios valores éticos e morais. A autonomia feminina não é diferente. A mulher em situação de gestação deve construir seus pensamentos e ser livre para fazer escolhas que condigam com o seu querer.

A bioética traz o princípio da autonomia como correspondente da relação de vontade da paciente em detrimento da do médico. Mesmo com uma medicina paternalista e uma visão da gravidez como uma doença a ser sanada¹⁰⁴. A luta feminista por garantias dos direitos femininos, intensificada na década de 70, trouxe conquistas significativas no que diz respeito à tomada de decisão sobre seu próprio corpo.

¹⁰⁴ DIAS, Marcos Augusto Bastos. Cesariana: considerações sobre a trajetória desta cirurgia ao longo do último século p. 17. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/ProdEditorial/ANS_O_Modelo_da_atencao_obstetrica_no_setor_da_SS.pdf> Acessado em: 01/12/2016.

No entanto, evidenciados os inúmeros casos de violência obstétrica e falta de protagonismo da mulher no parto, nota-se que ainda não foram suficientes as vitórias feministas capazes de extinguir o pensamento de que a parturiente possui corpo imperfeito que "precisa, para não oferecer risco ao bebê, ser cuidado pelo obstetra que se apropria do processo da parturição, determinando sua evolução de acordo não com a fisiologia da gestante, mas de acordo com seus ideais¹⁰⁵"

Esclarece Almeida, que mesmo com base constitucional para a igualdade de condições entre os sexos, a mulher continua negligenciada pelo ordenamento jurídico, pois no campo da sexualidade e da reprodução seu corpo acaba por sofrer uma medicalização absurda quando tratamos da gravidez. O autor destaca o pensamento de Marilena Corrêa e Maria Cristina Guilam para certificar que a gestação é¹⁰⁶:

[...] um dos momentos mais medicalizados da vida da mulher. Por meio do discurso biomédico, a mulher grávida se vê cercada, hoje, de uma rede de vigilância de seu corpo, passando a ser responsabilizada não só pela própria saúde, mas também pela produção de um feto saudável"

É possível observar, deste modo, que existe uma fragilidade da mulher frente à medicina que subjuga as grávidas, fazendo com que as mesmas sigam um formato do que os médicos acreditam ser o melhor para sua gestação, causando insegurança, falta de informações substanciadas em laudos científicos sobre o tema, o que acaba por dificultar a clareza na escolha da via de parto. Como resultado, o Brasil é o país pioneiro em número de cirurgias cesárea, induzidas pela falsa garantia de um parto perfeito, em que o médico se destaca como salvador herói capaz de proporcionar a gestante um nascimento menos doloroso, porém, sem nenhum protagonismo feminino ou mesmo a discussão prévia sobre o que isto significa.

A luta pelos direitos reprodutivos, dentro de um contexto de ampliação da democracia, adquiriu visibilidade também pelo movimento de mulheres que lutavam pela autonomia corporal plena, com destaque na possibilidade de controle da própria

¹⁰⁵ Ibidem, p. 18.

¹⁰⁶ ALMEIDA, Vitor e BARBOZA Heloisa Helena. Desigualdade de Gênero: A Mulher como Sujeito de Direito. O Direito Civil Entre o Sujeito e a Pessoa: Estudos em Homenagem ao Professor Stefano Rodotà. Coordenadores: Gustavo Tepedino, Ana Carolina Brochado Teixeira e Vitor Almeida.. Belo Horizonte: Fórum. 2016. p. 177.

fertilidade por meio da descriminalização do aborto e do acesso irrestrito aos métodos contraceptivos.

Perfeitamente define Miriam Ventura acerca dos direitos reprodutivos¹⁰⁷:

Os Direitos Reprodutivos são constituídos por princípios e normas de direitos humanos que garantem o exercício individual, livre e responsável, da sexualidade e reprodução humana. É, portanto, o direito subjetivo de toda pessoa decidir sobre o número de filhos e os intervalos entre seus nascimentos, e ter acesso aos meios necessários para o exercício livre de sua autonomia reprodutiva, sem sofrer discriminação, coerção, violência ou restrição de qualquer natureza

Nesse sentido, a cerca do direito pleno da mulher ao próprio corpo, cabe a reflexão induzida por Stéfano Rodotà de que este, apesar de ser a materialização da personalidade humana, a quem verdadeiramente pertence? O autor explicita que “a disciplina humana, o direito e as normas sempre desempenharam um papel determinante no corpo¹⁰⁸”.

No contexto histórico, a definição de corpo pelo ordenamento jurídico, no campo do Direito Civil foi evoluindo de “fisicidade” para os limites traçados pelo estado de natureza. (nascer e morrer como fatores inerentes a natureza humana). Em vista disto, o Código Civil brasileiro de 1916, como não tinha desígnios sobre o corpo, determinava que a personalidade civil se iniciava a partir do nascimento com vida, como disposto no extinto artigo 4º (atual artigo 2º) e findava com a morte, conforme antigo artigo 10º (hoje artigo 6º).¹⁰⁹

Se desenvolvendo para os dias atuais, o Direito Civil, a partir de processos de democratização, apresentou avanços no que diz respeito aos direitos da mulher. A autonomia sobre o próprio corpo, apesar de limitada pelos conflitos trazidos pelo avanço científico, consolidou suas primeiras raízes no âmbito jurídico brasileiro com a

¹⁰⁷ VENTURA, Miriam. Direitos reprodutivos no Brasil. P. 19 3ª ed. Brasília-DF. 2009. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/direitos_reprodutivos3.pdf

¹⁰⁸ ALMEIDA, Vitor e BARBOZA Heloisa Helena. Desigualdade de Gênero: A Mulher como Sujeito de Direito. O Direito Civil Entre o Sujeito e a Pessoa: Estudos em Homenagem ao Professor Stefano Rodotà . Coordenadores: Gustavo Tepedino, Ana Carolina Brochado Teixeira e Vitor Almeida.. Belo Horizonte: Fórum. 2016. p. 173.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 173.

ratificação da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, que esboçou direitos reprodutivos mais tarde traduzidos na forma do artigo 226 § 7º da Constituição Federal . Infelizmente, mesmo com algumas conquistas, o corpo feminino acaba sempre por estar vinculado ao “controle e interferência da sociedade¹¹⁰”

Sobre as conquistas de direitos reprodutivos e sexuais da mulher, vale citar a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher aprovada pelas Nações Unidas em 1979. Esta possui atualmente 165 Estados-partes, incluindo o Brasil, que a ratificou em 1984. A reivindicação do movimento de mulheres, a começar da primeira Conferência Mundial sobre a Mulher, que aconteceu em 1975, resultou nesta convenção que já delimitou em seu artigo 12 uma primeira ideia de direitos reprodutivos¹¹¹:

“Os Estados-partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher nas esferas dos cuidados médicos, a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, inclusive referentes ao planejamento familiar”

O planejamento familiar, disposto em artigo 226, § 7º da Constituição Federal e no artigo 1.565 § 2º do Código Civil, ambos de igual redação determina que “é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas”. Assim entende a Lei Nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, em seu artigo 2º sobre planejamento familiar: “conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação, ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal¹¹²”.

¹¹⁰ Ibidem p. 175

¹¹¹ Pioversan F. Os Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos. In: Buglione S, organizadora. Reprodução e Sexualidade: Uma questão de justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor e Themis - Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero; 2002.)

¹¹² ALMEIDA, Vitor e BARBOZA Heloisa Helena. Desigualdade de Gênero: A Mulher como Sujeito de Direito. O Direito Civil Entre o Sujeito e a Pessoa: Estudos em Homenagem ao Professor Stefano Rodotà . Coordenadores: Gustavo Tepedino, Ana Carolina Brochado Teixeira e Vitor Almeida.. Belo Horizonte: Fórum. 2016. p. 175

Por fim, a assevera sabiamente Miriam Ventura de que há “uma interdependência entre os direitos das mulheres e os da criança ou da família¹¹³” que em razão da “proteção do nascituro e à constituição e estabilidade familiar” acaba por desconsiderar “aspectos fundamentais da posição das mulheres como titulares de direitos próprios e o fato de que os riscos e custos da procriação se dão em seus corpos¹¹⁴”, confirmando limites e os prejuízos a prática da plenitude no que diz respeito à sua liberdade.

¹¹³Ibidem p. 177.

¹¹⁴ Ibidem p. 177.

3. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E A TUTELA DO NASCITURO

O Direito Civil é ramo responsável pela delimitação da personalidade civil. Esta é entendida por Caio Mario da Silva Pereira como “a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações”. Para se conferir personalidade civil a um indivíduo é primário fazer o reconhecimento do mesmo como pessoa. Como já discutido, toda pessoa está abarcada pelo princípio da dignidade humana, fundamento constitucional da ordem jurídica brasileira. Nessa direção, a norma jurídica achou necessário delimitar o momento em que a personalidade se inicia, isto é, quando é possível conferir personalidade a um indivíduo.

Em seu artigo 2º, O Código Civil dispõe que a personalidade civil de uma pessoa se inicia com o nascimento com vida. Neste sentido, entende que apenas após o nascimento o indivíduo será titular de direitos e deveres. No entanto, o texto do artigo 2º não termina nessa definição, fazendo uma ressalva sobre o nascituro: “mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, considerando nascituro como ser humano já concebido em vias de nascer.

Existem diversas teorias que buscam explicar e fundamentar a proteção jurídica destinada aos nascituros, sendo duas correntes importantes a serem mencionadas: a) teoria natalista, que fundamenta parte do artigo 2º e define que a personalidade civil só será possível após o nascimento com vida. Entende que o nascituro não é pessoa e possui, somente, mera expectativa de direito; e b) teoria concepcionista, que considera que a personalidade é adquirida com a concepção, dando ao nascituro garantia de alguns direitos antes do nascimento¹¹⁵.

A teoria natalista tem adeptos como Sílvio Rodrigues, Caio Mario da Silva Pereira, San Tiago Dantas, entre outros. Na obra de Sergio Abdalla Semião,

¹¹⁵ MANSANO, Josyane. Direitos do Nascituro. Revista Espaço Acadêmico – n.º 121 . 2011.

encontramos exposto o que Pontes de Miranda asseverou sobre a referida orientação¹¹⁶:

No útero, a criança não é pessoa, se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direitos, (...). Todavia, entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tem de esperar o nascimento para se saber se tem algum direito, pretensão, ação, ou exceção lhe deveria ter tido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa.

Através da leitura da primeira parte do artigo 2º do Código Civil, percebe-se que os autores da teoria natalista, assim como o exposto por Pontes de Miranda, fazem uma interpretação “literal e simplificada da lei, que dispõe que a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, o que traz a conclusão de que o nascituro não é pessoa¹¹⁷”.

O que se critica da teoria natalista, e prevê garantir ao nascituro direitos mais extensos aos que são assegurados por lei, é o questionamento a cerca da sua caracterização jurídica de ‘não pessoa.’ Pois, não sendo pessoa, tem apenas uma expectativa de direitos, visto que é certa a expectativa de que ele nasça com vida. Além disso, este direcionamento teórico acaba por não abranger a discussão sobre os direitos do embrião – existem correntes que não o consideram como nascituro, visto que possui vida extrauterina, à exemplo de Maria Helena Diniz¹¹⁸.

Ainda nessa diapasão, Flávio Tartuce acredita que “do ponto de vista prático, a teoria natalista, nega ao nascituro até mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, os alimentos, o nome e até à imagem.” O autor afirma ainda, que a negativa de direitos, que inclusive traz uma ressalva no artigo 2 é um forte argumento para que esta teoria seja superada pela doutrina¹¹⁹.

Seguindo corrente contrária, a teoria concepcionista sustenta que o nascituro é uma pessoa humana, que adquire personalidade jurídica a partir de sua concepção,

¹¹⁶ SEMIÃO, Sergio Abdalla. Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 2 ed. Ver., e atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.42

¹¹⁷ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 3ª ed. São Paulo: Método, 2013. p. 70

¹¹⁸ Ibidem, p. 70.

¹¹⁹ Ibidem,, p. 69-70

sendo, portanto, detentor de todos os direitos inerentes à pessoa. Entre os autores que seguem esta corrente estão: Silmara Juny Chinellato, Maria Helena Diniz, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, e mais. Sobre esta corrente afirma Silmara Juny Chinellato, principal precursora desta tese no país (2000, p.158): “o direito de nascer, a proteção jurídica à vida do nascituro existem na sua plenitude, antes do nascimento¹²⁰.”

Seguida a explanação das duas teorias, vale salientar que em ambas “resguarda-se o interesse do que há de nascer, bem como, subordina-se o exercício de qualquer direito à condição do nascimento com vida¹²¹.” Desta forma, vê-se a tarefa complicada que é fazer a qualificação jurídica do nascituro no direito brasileiro, pois não se resume a mera formalidade técnica. Faz-se essencial levar em consideração que a evolução da biomedicina e ciência acaba por influenciar, visto que ao longo dos anos o legislador se vê na missão jurídica de acompanhar o progresso reelaborando bases conceituais para a qualificação no nosso ordenamento¹²².

Não obstante, a dificuldade de qualificar o nascituro também se encontra nas barreiras observadas no contexto social de uma sociedade que ainda vê a reprodução humana como condição para a perpetuação da espécie, ou como imposição social advinda em consequência de obrigações adquiridas com o matrimônio.

Desta feita, fica evidenciada que a qualificação jurídica do nascituro deve seguir em conformidade a novas conquistas reprodutivas, bases constitucionais e éticas, pois se constata que “se apresenta como uma relevante questão teórica a ser enfrentada de modo a propiciar uma tutela mais adequada ao nascituro, no direito brasileiro, diante do progresso da medicina¹²³”, já que é inevitável, sendo considerado pessoa ou não, reconhecer que o nascituro possui direitos, amplos ou restritos.

¹²⁰ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinellato. Tutela civil do nascituro. São Paulo: Saraiva 2000. p. 158

¹²¹ MONTORO, André Franco; FARIA, Anacleto de Oliveira. Op.cit., p. 7

¹²² ALMEIDA, Vitor. A tutela extrapatrimonial do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro, 2013, p. 19

¹²³ Ibidem, p. 20.

3.1. DIREITOS DO NASCITURO

A partir do exposto na segunda parte do artigo 2º do Código Civil, verifica-se que mesmo que restritivamente o nascituro possui direitos a serem garantidos. Cabe indagar, portanto qual fundamento primeiro que os concedeu a ele. Nesse sentido, após a explanação sobre a dificuldade de qualificar juridicamente o nascituro, é importante visualizar os motivos para este seja possuidor de direitos não só através da perspectiva do direito civil, mas também através do direito constitucional, já que se admite a constituição como norma maior, orientadora de todos os direitos positivados em outras disciplinas.

Como já mencionado em capítulo anterior, o reconhecimento de direitos reprodutivos da mulher, e o direito ao planejamento familiar, acabou por gerar também obrigações para aqueles resolverem exercer a liberdade de procriar, seja o casal, a mulher, ou homem. Ou seja, a partir do momento que dessa liberalidade for gerado um novo ser humano, este merecerá “tutela desde sua formação e desenvolvimento na fase intrauterina”, como se pode aludir por fundamento constitucional disposto no artigo 226 § 7º, referente ao direito ao planejamento familiar, os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável¹²⁴.

O artigo 226 § 7º da Constituição Federal e o artigo 2º do Código Civil podem ser chamados, portanto, de cláusulas gerais na tutela dos direitos do nascituro que atuam “notadamente como àquelas de caráter extrapatrimonial, em prol do sadio e incólume desenvolvimento *in utero* e do nascimento com vida e dignidade¹²⁵”. Cabe destacar que a não delimitação expressa do legislador acerca dos direitos do nascituro, implicam também na observância de outros possíveis direitos de cunho patrimonial, no entanto, o presente trabalho destacará os de cunho extrapatrominiais como: direito a nascer com vida e direito à integridade física do nascituro (tutela de sua saúde).

¹²⁴ Ibidem, p. 76.

¹²⁵ Ibidem, p. 135.

3.1.1 DIREITOS EXTRAPATROMONIAIS DO NASCITURO: UMA BREVE EXPLANAÇÃO SOBRE O DIREITO A NASCER COM VIDA

Entende-se pela não taxatividade dos direitos do nascituro, como defende José Carlos Barbosa Moreira, pois que “no ordenamento jurídico brasileiro, seja qual for a explicação dogmática, o nascituro, conquanto ainda não haja adquirido personalidade, tem direitos; e estes não são apenas os indicados em disposições específicas¹²⁶”, isto significa dizer que a tutela do nascituro não se delimita apenas em direitos que estão previstos na lei, visto que se ampliam para garantir aqueles que derivam de princípios e valores constitucionais, como é o caso dos direitos extrapatrimoniais, entre eles o direito à nascer com vida¹²⁷.

Segundo explicação de Vitor Almeida¹²⁸:

“a escassez de normas infraconstitucionais destinadas a tutelar os direitos extrapatrimoniais do nascituro não impede uma proteção efetiva de sua peculiar e transitória condição do ente por nascer. A partir dos fundamentos constitucionais e legais extraídos a partir do próprio ordenamento, é possível afirmar, conforme conclusão já apontada no segundo capítulo, que o art. 226, § 7º, da Constituição da República de 1988, combinado com o art. 2º do atual Código Civil constituem uma cláusula geral de proteção do nascituro, sobretudo quanto à tutela extrapatrimonial deste, por força do princípio da dignidade humana. Ainda que a cláusula geral de proteção do nascituro contemple de forma integral as situações que envolvam sua proteção, tendo em vista a flexibilidade e elasticidade naturais das cláusulas gerais, convém identificar as normas que tratam da tutela específica dos direitos extrapatrimoniais do nascituro.”

Como resultado, compete a indagação do jurista Italiano Francesco D’agostino exposta na obra de Vitor Almeida sobre quais seriam os direitos reconhecidos do nascituro, rapidamente concluindo que seria apenas o direito de nascer. O autor justifica que¹²⁹:

“o direito de nascer é realmente o primeiro de todos os direitos, não apenas - como poderia parecer num primeiro momento – em sentido cronológico, mas principalmente em sentido axiológico: ou seja, o direito de nascer inclui em si

¹²⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito do nascituro à vida, p. 148.),

¹²⁷ ALMEIDA, Vitor. A tutela extrapatrimonial do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro, 2013, p. 136.

¹²⁸ Ibidem, p. 136.

¹²⁹ D’AGOSTINO, Francesco. Bioética segundo o enfoque da filosofia do direito. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2006, p. 279 apud Vitor Almeida p. 137

e fundamenta todos os direitos constitutivos da pessoa, o direito de ser respeitado na própria identidade, de não ser instrumentalizado por nenhuma razão, de ser considerado portador de uma dignidade específica, que não pode ser reduzida à de nenhum outro ser humana, e o direito, por fim, de ser reconhecido como pessoa.”

Em análise, encontramos no direito constitucional a garantia do direito à vida, considerado direito fundamental elencado no artigo 5º, caput, da Constituição de 1988, demonstrando-se também primordial para a condição de direitos que possam ser conferidos ao nascituro, visto que ele, por definição do Código Civil só adquire personalidade após o nascimento com vida, restando essencial, portanto que a ele seja garantido esse direito. Aliás, faz-se mister mencionar o caráter condicionante desse direito, pois apenas a partir do direito à vida, o concebido em útero feminino, poderá dispor de outros direitos fundamentais à exemplo da igualdade, intimidade, liberdade e bem-estar, sendo este um dos argumentos doutrinários para a indisponibilidade do mesmo, vedando o legislador brasileiro a prática do aborto (salvo duas hipóteses)¹³⁰.

No entanto, mesmo sendo o direito à vida essencial a garantia de outros direitos, não podemos inferir que eles são absolutos, visto que no nosso ordenamento jurídico salvaguardamos duas hipóteses de exceção para a prática do aborto (interrupção do desenvolvimento do nascituro): em casos de risco de vida à mulher grávida e de gestação em decorrência de estupro. Nessa direção, expõe Vitor de Almeida¹³¹ que

“A existência de tais exceções na legislação penal já ensejaria a afirmativa de que, embora o nascituro goze da proteção legal à vida ainda durante a fase gestacional, o legislador não o considerou absoluto, a ponto de permitir que, em alguns casos, o direito à vida do nascituro possa ser afastado em razão da prevalência de outros valores constitucionalmente albergados, como a vida e a saúde psíquica da gestante”.

Para ilustrar, destaca-se decisão do Supremo Tribunal Federal sobre descriminalização do aborto em caso de gravidez de feto anencefálico, resultante da antecipação terapêutica do parto, decorrente do julgamento da ADPF nº 54¹³². Deste,

¹³⁰ ALMEIDA, Vitor. A tutela extrapatrimonial do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro, 2013, p. 138.

¹³¹ Ibidem, p. 138.

¹³² Disponível em: www.stf.jus.br Acesso em: 06/12/ 2016.

concluimos que os nascituros não possuem direito absoluto, sendo possível inferir que estes não gozam da tutela à vida da mesma forma que as pessoas já nascidas, ficando claro que existem intensidades diferentes para a garantia desse direito.

Daniel Sarmiento¹³³, inclusive, explica que:

“a ordem constitucional brasileira protege a vida intrauterina, mas [...] esta proteção é menos intensa do que a assegurada à vida das pessoas nascidas, podendo ceder, mediante uma ponderação de interesses, diante de direitos fundamentais da gestante”.

O ordenamento jurídico brasileiro, nos seus âmbitos civil, penal e constitucional, apesar de tutelar sobre a vida do concebido garantindo a proteção da sua vida no útero da gestante, com as exceções elencadas, acaba por demonstrar uma preponderância na garantia dos direitos fundamentais da gestante em razão de não se impor absoluto o direito à nascer com vida concedido ao nascituro.

Ainda assim, no âmbito jurídico brasileiro, também não se pode considerar absoluto o direito da gestante de decidir livremente sobre o aborto, por entender que a vida em formação no ventre da mulher possui qualidade humana, tão logo se salvaguardando seu direito à vida. O aborto fora dos casos já citados configura crime tipificado no Código Penal.

Desta feita, no tocante à direitos fundamentais, cabe fazer uma ponderação de princípios no tocante à gestante e ao nascituro, com base em direitos constitucionalmente reconhecidos, a partir de situações jurídicas que ensejem conflito para que seja possível definir a quem será direcionada a tutela e quais os princípios justificadores dessa ponderação.

3.2. CONFLITO DE PRINCÍPIOS: PONDERAÇÃO COMO SOLUÇÃO DE CASOS CONCRETOS

Para debater a questão do conflito entre princípios primeiro deve-se observar a teoria elaborada pelo autor alemão Robert Alexy - que tem como ponto de partida

¹³³ SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição, p. 36

diferenciação entre regras e princípios estabelecida por Dworkin – objetivada na busca pela racionalização de uma teoria para os direitos fundamentais. O que o autor pretende é tentar responder o questionamento acerca dos limites e possibilidades da racionalização do debate na esfera dos direitos fundamentais¹³⁴.

Alexy considera a diferenciação feita por Dworkin um marco de uma teoria a cerca dos direitos fundamentais e reflete sobre a primordial diferenciação a ser feita entre “normas do tipo regra, e normas do tipo princípio¹³⁵.” Para o autor, princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.”, o que acaba por ser a principal diferença do conceito de regra¹³⁶.

Nessa perspectiva, o alemão caracteriza os princípios como mandados de otimização, pois podem “ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes¹³⁷”.

Já em relação às regras, Alexy as define como normas que, sempre, serão cumpridas ou descumpridas. Ou seja, no caso de uma regra estar valendo, é essencial cumprir com rigor exatamente o que esta determinar. Por isso, as regras têm fixações acerca do fato juridicamente possível, podendo ser caracterizadas como mandados definitivos. Percebe-se que as regras estão em uma disposição excludente, em que uma regra irá prevalecer sobre a outra de maneira a excluir a ‘vencida’, quando estiverem diante de casos de colisão. Sobre as regras, apresenta o autor¹³⁸:

“Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau”.

¹³⁴ CEZNE, Andrea Nárriman. A Teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo: v.13, n.52, 2005, p.54

¹³⁵ Ibidem, p. 54.

¹³⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 90

¹³⁷ Ibidem, p. 90.

¹³⁸ Ibidem p. 91.

. Desta forma, ao se diferenciar princípios de regras, constata-se que há visível superioridade dos princípios em relação às regras, no que diz respeito à sua eficácia na solução de aparente colisão, visto que os princípios em diferentes graus, é capaz de ter peso distinto em cada caso. Não se valem da mesma máxima do ‘tudo ou nada’ da qual as regras se utilizam, de forma que um princípio não irá excluir o outro princípio conflitante.

Quando se fala em superioridade vale comentar que esta não é absoluta e manifesta-se em duas conjecturas possíveis: de regras constitucionais e infraconstitucionais. No caso da primeira, “os princípios teriam o peso de afastar as regras constitucionais imediatamente aplicáveis, principalmente modificando as hipóteses de aplicação”, já na segunda, os “princípios seriam aplicados de acordo com as suas funções interpretativas, bloqueadoras e integrativas destas regras¹³⁹”.

Exposta esta importante diferenciação, seguimos no estudo dos princípios e o funcionamento da resolução no caso de conflito entre eles. Discute-se que quando houver colisões entre princípios, a solução se desenrolará a partir de uma rendição de um princípio em relação a outro, observando o diferente peso entre eles. Ou seja, haverá um princípio ‘vencedor’ e um ‘perdedor’ quando da análise do caso concreto. O princípio que sucumbir possui peso menor do que o princípio ‘vencedor’. Neste momento, não se discute a validade dos princípios, visto que estes são válidos, apenas se define qual merece ser procedido no estudo do caso concreto¹⁴⁰.

A maneira pela qual é possível sopesar a prevalência de um princípio em detrimento do outro, de forma que o princípio de menor valor no estudo de caso específico continue a fazer parte do ordenamento jurídico, sendo apenas afastado momentaneamente – diferente das regras que causam exclusão -. é conhecida pela

¹³⁹ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: “Entre a ciência do direito” e o “direito da ciência”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), n. 17. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 1-19, jan./mar., 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em 06/12/2016...

¹⁴⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 94

doutrina como ponderação. A ponderação possui a capacidade de equilibrar os entendimentos majorando princípios para a resolução de colisões¹⁴¹.

Ainda a respeito dos princípios, Humberto Ávila¹⁴² dispõe que:

“Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”

Desta feita, quando se fala de ponderação princípios, se pretende avaliar o caso concreto demandante de solução a partir de diferentes dimensões valorativas, para justamente ponderar qual será o princípio majorado e o princípio afastado. No Brasil, com apoio da teoria de Alexy em que princípios são verdadeiros mandados de otimização, se faz a ponderação através do reconhecimento da existência de diferentes níveis de aplicação dos princípios, e após verificar os fatos e as devidas possibilidades normativas.

Ao fazer uso da ponderação o jurista não pretende desqualificar ou negar a validade de um princípio vencido, dado que simplesmente tem como objetivo afastá-lo momentaneamente, pois naquela lide, teve considerado menor peso. Segundo Luís Roberto Barroso “os princípios, por sua estrutura e natureza, e observados determinados limites, podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, à vista de circunstâncias jurídicas ou fáticas, sem que isso afete sua validade¹⁴³” Este fato não necessariamente impede que em outro caso qualquer, o jurista em análise, não vá ter entendimento distinto, encontrando-o, agora, como de maior valor.

Ante o exposto, entende-se, que a atividade de ponderar ocorre por meio de decisão judicial perante situações – casos concretos – especialmente difíceis (os conhecidos *hard cases*), sobretudo quando de contendas em que seja necessário o

¹⁴¹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 183

¹⁴² Ibidem, p. 183.

¹⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.358.

empregar o princípio da proporcionalidade avaliando o múltiplo teor dos direitos fundamentais. Conforme conceitua Ana Paula de Barcellos¹⁴⁴:

“[...] a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis (do inglês ‘hard cases’), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado. A estrutura geral da subsunção pode ser descrita da seguinte forma: premissa maior – enunciado normativo – incidindo sobre premissa menor – fatos – e produzindo como consequência a aplicação da norma ao caso concreto. O que ocorre comumente nos casos difíceis, porém, é que convivem, postulando aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias. A subsunção não tem instrumentos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes; sua lógica tentará isolar uma única norma para o caso”

Desvendado conceito e objetivo da prática da ponderação, cabe relatar de qual maneira se processa, levando em consideração quais serão os fundamentos para que seja feita a majoração. Ela se dá dividida em três etapas: a) na primeira “cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas”; b) na segunda etapa “cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos”; e c) a terceira “consiste na apuração dos pesos conferidos aos princípios em colisão após o sopesamento¹⁴⁵.”

A primeira etapa é definida como a fase de preparação da ponderação. É neste momento que será realizada uma análise profunda e extenuante de todos os argumentos e informações que possam ser extraídas do caso concreto, que servirão de base para a fundamentação possibilitando a posterior materialização da majoração do princípio participante do conflito¹⁴⁶.

A segunda fase, como explica Humberto Ávila, incide na prática da ponderação *stricto sensu*, que se fundamenta na relação constituída entre os elementos utilizados

¹⁴⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luís Roberto Barroso (Org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 55

¹⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.358.

¹⁴⁶ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 146)

para o sopesamento¹⁴⁷. Nesta senda, complementa Daniel Sarmiento, que o “intérprete deve verificar o peso genérico de cada princípio em conflito, observando assim, os efeitos e consequências práticas no respectivo ordenamento jurídico¹⁴⁸”. Após verificação do peso genérico, o intérprete deve refletir sobre o peso específico dos mesmos princípios em exame, circunstância em apresenta aspectos distintos em relação ao caso concreto¹⁴⁹.

Na terceira e última fase conforme preconiza ensinamento de Luís Roberto Barroso deve-se verificar o conjunto de normas a ter predomínio dentro do caso concreto. Esclarece o auto¹⁵⁰r:

“nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinadas de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, será preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da proporcionalidade”.

Ainda na percepção de Luís Roberto Barroso vale explanar sua conclusão sobre as etapas para se chegar à ponderação¹⁵¹:

“extraí-se que a ponderação ingressou no universo da interpretação constitucional como uma necessidade, antes que como uma opção filosófica ou ideológica. É certo, no entanto, que cada uma das três etapas, descritas [...] envolve avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de outras tantas influências”

Não obstante, também sobre a construção das três etapas mencionadas acima, como caminho para a obtenção dos resultados da atividade de ponderar, vale salientar o juízo de Robert Alexy¹⁵²:

¹⁴⁷ Ibidem, p. 146.

¹⁴⁸ SARMENTO, Daniel. A ponderação de Interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. Op. Cit., p. 103-104

¹⁴⁹ Ibidem, p. 346.

¹⁵⁰ 117 (BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.359

¹⁵¹ Ibidem, p. 360.

¹⁵² 119 (ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. Trad. de Luís Afonso Heck. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 68

“Segundo a lei da ponderação, a ponderação deve realizar-se em três graus. No primeiro grau deve ser determinada a intensidade da intervenção. No segundo grau trata-se, então, da importância dos fundamentos que justificam a intervenção. Somente no terceiro grau realiza-se, então, a ponderação em sentido restrito e verdadeiro”.

Para Alexy, a ponderação se sustenta no princípio da proporcionalidade, podendo se auferir dela como critério de solução para conflito entre princípios de direitos fundamentais - do comando contido nos enunciados das normas de direitos fundamentais se conclui o caráter de princípio dos direitos fundamentais, e desse caráter se observa a máxima da proporcionalidade¹⁵³.

O autor entende que o princípio da proporcionalidade seria formado pela verificação de três elementos: critérios de adequação do meio empregado para atingir a solução razoável do conflito, necessidade do meio utilizado e proporcionalidade em sentido estrito – a própria ponderação. Conforme evidenciou em suas palavras:

“Segundo a lei da ponderação, a ponderação deve realizar-se em três graus. No primeiro grau deve ser determinada a intensidade da intervenção. No segundo grau trata-se, então, da importância dos fundamentos que justificam a intervenção. Somente no terceiro grau realiza-se, então, a ponderação em sentido restrito e verdadeiro”

Dessa forma, quando o intérprete se encontrar diante de uma colisão entre direitos fundamentais, em primeiro lugar irá buscar solucioná-la usando da adequação do meio utilizado, para em seguida observar a necessidade de se utilizar desse meio e por fim, caso o conflito ainda não esteja solucionado, fazer a ponderação.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso a ponderação, “socorre-se do princípio da razoabilidade-proporcionalidade para promover a máxima concordância prática entre os direitos em conflito¹⁵⁴” Concluindo-se que a análise da proporcionalidade caracteriza-se como um núcleo essencial para o evento da otimização ante a colisão entre princípios no caso concreto, sendo necessário, portanto, que o intérprete decida o princípio ou direito que irá preponderar quando feito sopesamento. O princípio da

¹⁵³ 120 ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p.54

¹⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 362.

proporcionalidade se aduz como limite na lei da ponderação, inclusive para vedar excessos e conseqüentemente controlar uma possível discricionariedade em extremo, na decisão judicial.

3.2.1 APLICAÇÃO DA PONDERAÇÃO NA COLISÃO DE DIREITOS DA MULHER E DO NASCITURO: BREVE ANÁLISE DO CASO TORRES.

Agora que se compreendeu a ponderação de princípios cabe trazer a discussão sobre a efetivação da mesma quando do conflito entre princípios fundamentais no que tange a mulher e ao nascituro.

Prontamente supracitado em capítulo anterior a mulher possui diversos direitos constitucionais dispostos na Constituição Democrática de 1988, dentre eles: a autonomia sobre o próprio corpo, liberdade reprodutiva, planejamento familiar, direito à saúde e à integridade física (e psicológica), podendo estes ser conferidos inclusive à sua condição de gestante. Sem contar com a primordial necessidade de se proteger a sua dignidade humana, fundamento primeiro da República. Além disso, em conquista recente, a mulher garantiu direito à assistência humanizada do parto, através da Lei 9.263/1996 como preconizado em seu artigo 2º:

“Art. 2º O programa de humanização da assistência ao parto e ao nascimento tem como finalidade:

I - trabalhar as garantias constitucionais do direito à vida, à saúde, à proteção da maternidade, e dos princípios da dignidade da pessoa humana e da assistência humanizada ao parto;

II - criação e implementação de campanhas publicitárias, visto que os conceitos da humanização do parto devem estar presentes em todos os locais de assistência à gestante nos hospitais públicos, privados, maternidades e casas de parto; e

III - garantir a inclusão de medidas de esclarecimento e incentivo para a participação da mulher”.

Sobre os direitos do nascituro, se expôs quanto aos direitos extrapatrimoniais, a importância do direito a nascer com vida, pois se evidenciou - apesar de correntes contrárias - em decorrência do artigo 2º do Código Civil, que só às pessoas já nascidas se confere a integralidade de direitos e deveres conferidos pela personalidade civil, segundo nosso ordenamento jurídico atual.

Além disso, foi visto que os direitos, mesmo que os fundamentais, não são absolutos. Segundo Luís Roberto Barroso, “como consequência, seu exercício está sujeito à limites; e por serem geralmente estruturados como princípios, os direitos fundamentais, em múltiplas situações, são aplicados mediante ponderação”. Nesse sentido, fazer uma ponderação seria analisar conforme as etapas descritas anteriormente, qual direito seria preponderante a partir do caso concreto¹⁵⁵.

Como bem ilustra o autor sobre esse tema “é interessante observar que alguns grandes temas da atualidade constitucional no Brasil têm seu equacionamento posto em termos de ponderação dos valores”, sendo possível destacar entre eles “o debate acerca da denominada ‘eficácia horizontal dos direitos fundamentais’, envolvendo a aplicação das normas constitucionais às relações privadas, em que se contrapõem a autonomia da vontade e a efetivação dos direitos fundamentais¹⁵⁶.” É o que podemos enquadrar, por exemplo, na necessária discussão de muitos ‘*hard cases*’ mulher *versus* nascituro.

Como já discutido, e conforme preconizado por Vitor Almeida¹⁵⁷ “algumas situações jurídicas extrapatrimoniais, titularizadas pelos nascituros como merecedoras de tutela, impingem à mulher grávida alguns deveres, ensejando limitações à sua autonomia corporal”, visto a crescente medicalização dos corpos femininos a partir de uma medicina intervencionista e paternalista, além de um contexto social que impõe a gestante prezar pelo bem-estar do bebê até mesmo acima da sua vontade, em decorrência de uma exigência médica na indicação de via mais ‘adequada’ para o nascimento do nascituro.

Dada à autonomia da mulher grávida, o direito deve garantir que o aconselhamento e acompanhamento tanto da fase pré-natal, quanto do parto e pós-parto, preze pela autodeterminação feminina, respeitada principalmente sua

¹⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.358.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 360.

¹⁵⁷ ALMEIDA, Vitor. A tutela extrapatrimonial do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro, 2013, p. 89.

dignidade humana. À ela deve ser assegurado o direito à uma vida digna, sendo primordial respeitar sua integridade psicofísica quanto os atos de disposição do próprio corpo¹⁵⁸.

No entanto, mesmo que algumas normas visem proteger, em primeiro plano, a saúde e a integridade física (e psíquica) da parturiente, percebe-se muitas situações em que estas não são cumpridas, justamente por se considerar a mulher grávida vulnerável justamente por conta do seu estado gravídico. Nessa direção, a medicina acaba muitas vezes por desqualificar suas vontades, impondo intervenções cirúrgicas extremamente desnecessárias - como é o caso da visualização da cesariana como via de parto institucionalizada em nosso país – tornando o Brasil pioneiro na prática dessa operação, desconsiderando, inclusive recomendação da Organização Mundial de Saúde que determina um máximo de 15% recomendado.

A Constituição brasileira, a partir de seus princípios fundamentais determina uma série de garantias de diversos direitos destinados à mulher grávida. A legislação trabalhista traz a licença maternidade, a Constituição traz o planejamento familiar, e o Estatuto da Criança e Adolescente, o direito à assistência pré-natal, por exemplo. Vale ressaltar, que o ECA traz direitos também quanto à saúde do nascituro quando preconiza em seu artigo 7º “a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e desenvolvimento sadio e harmonioso em condições dignas de existência¹⁵⁹” Ou seja, o Estado tem obrigação positiva de dar assistência médica humanizada para que não prejudique à saúde do nascituro, e conseqüentemente da gestante – existe por óbvio uma relação de interdependência entre eles.

Não obstante, ao analisar-se a tutela à integridade física dada ao nascituro, percebe-se, pela natural interdependência do nascituro em relação a parturiente, que a integridade física da mulher conseqüentemente, será protegida. Porém, nessa tutela deve-se incluir também a integridade psíquica, pois como é possível pensar em um cenário de sadio desenvolvimento e nascimento a que deve garantir o poder público,

¹⁵⁸ Ibidem, p.145.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 148.

com uma gestante abusada pela pressão médica seja por ultra-medicalizar seus corpos; seja por a deixarem no escuro, sem informações para uma escolha confiante, e no pior dos cenários por uma série de acontecimentos que caracterizam a violência obstétrica, justamente situações opostas a garantia da assistência humanizada do nascimento?

Torna-se evidente, portanto, que apesar de salvaguardados alguns direitos ao nascituro, a intensidade da tutela é maior a pessoa já nascida, no caso em questão à mulher. Utilizando a atividade da ponderação para solucionar o conflito entre os princípios constitucionais a que se concedem aos envolvidos, conclui-se que em regra, prevalece a “autonomia corporal da mulher grávida, uma vez que seus direitos existências – e, entre eles, o direito à integridade psicofísica – possuem uma intensidade mais forte em relação àqueles assegurados ao nascituro¹⁶⁰”.

As situações jurídicas decorrentes da colisão entre princípios concernentes a gestante e ao feto, não são de simples análise, sendo incluídos na lista dos ‘hard cases’ já mencionados. Porém há um caso claro quanto o desrespeito à todos os direitos garantidos à mulher grávida, que por imposição médica, ensejou em uma intervenção cirúrgica, sem consentimento da gestante - e mais grave ainda - através de uma submissão coercitiva, justificada exclusivamente em benefício do nascituro, que ficou popularmente conhecido como Caso Torres.

O Caso Torres trata-se de violência sem precedentes vivenciados por Adelir Carmem Lemos de Goes, na cidade de Torres no Rio Grande do Sul, que após sentir algumas dores no ventre e na lombar se dirigiu ao hospital na expectativa de saber se já estava em trabalho de parto e se estava tudo bem, pois tinha escolhido pela via de parto natural.

Na ocasião a obstetra de plantão determinou que ela fizesse uma cirurgia cesariana com a vaga alegação de que o bebê estava sentado, o que poderia asfixiá-lo durante um parto natural, via já definida pela prática da autodeterminação. A médica também argumentou que Adelir já havia feito duas cesarianas anteriormente e que,

¹⁶⁰ Ibidem p. 151.

por essa razão, seu útero poderia se romper no procedimento, mas sem demonstrar por meio de exames e justificativa clínica convincente para que a parturiente desistisse de sua escolha.

Contrariando orientação da médica, a mesma assinou um termo de responsabilidade e voltou a sua residência, para aguardar o início do trabalho de parto, que em vista do número de semanas e informações fornecidas por sua doula, começava a dar sinais de estava próximo de ocorrer. Percebe-se que a gestante em questão, mesmo por indicação infundada da médica manteve sua decisão em ter um parto humanizado, pretendendo garantir, além de sua autonomia, seu direito à assistência pré-natal humanizada.

A médica, portanto - especula-se que também por uma preocupação de uma possível responsabilização - aciona o Ministério Público na intenção de conseguir uma liminar para condução e intimação da gestante para realizar cesariana em caráter de urgência justificado pelo suposto prejuízo que poderia ser causado ao nascituro. O pedido foi surpreendentemente deferido e rapidamente, sem qualquer ponderação cuidadosa do conflito de princípios, esgotando as etapas a serem seguidas pelo método, Adelir foi coercitivamente retirada de sua casa por policiais militares - na madrugada e já em trabalho de parto - sendo conduzida à unidade de saúde, onde deu à luz uma menina, por meio de uma cesariana sem seu consentimento.

Esse caso demonstra as dificuldades que as mulheres passam em tentar garantir sua autodeterminação, principalmente na luta contra a medicalização de seus corpos, e com objetivo de dispor deles como bem pretender, sendo velado, que às gestantes são inúmeras as violências sofridas existindo diversos casos em que mulheres são obrigadas a se submeter a operações cesarianas a partir do argumento de tutela à saúde (ou até mesmo à vida) do nascituro, desconsiderando todos os seus direitos constitucionais e principalmente total desacordo ao fundamento primeiro da República brasileira, a dignidade humana.

4. CONCLUSÃO

A questão da mulher e sua luta por direitos referentes à sua autodeterminação é relativamente nova. Os movimentos feministas dos anos 60 reivindicavam a descriminalização do aborto e acesso a meios contraceptivos. Naquele momento, não havia reivindicações por questões relacionadas ao direito de se ter filhos ou que em que condições a futura gestante desejava esse nascimento. Considerava-se que o ato de não ter filhos, ou poder evitá-los davam liberdade à mulher frente a dominação masculina em um modelo social patriarcal. Aqui, ter filhos acabava por ser uma imposição, resultado esperado do matrimônio.

Ao longo das décadas, mesmo que ainda muito devagar e com ressalvas, o movimento feminista contribuiu para que a mulher conquistasse direitos reprodutivos. No Brasil, foi garantido por Constituição o direito ao livre planejamento familiar, isto é, deu-se autonomia para que fosse de decisão da mulher, do homem ou do casal o movimento de se ter filhos. O artigo 226 § 7º foi fundado nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável, o que se pode inferir que a conquista da autonomia reprodutiva, além de trazer direitos à mulher, trouxe consigo um limite: os direitos ao nascituro.

O nascituro, por disposição de determinação civil-constitucional, apesar de não ser considerado ainda pessoa jurídica no nosso ordenamento, possui uma expectativa de direitos que o faz detentor de uma tutela em relação ao seu nascimento com vida. O mesmo artigo 226 § 7º que trouxe autonomia a mulher, garantiu que existe uma carga dos envolvidos em proteger a vida do nascituro, tanto por quem é responsável por ele, tanto pelo Estado.

A conquista do direito da mulher à autonomia reprodutiva, como se pode perceber, desencadeou, portanto, em um limite. O nascituro possuir direito a tutela restringiu a mulher a decisões que não firam essa tutela. No ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, é vedada a prática do aborto, ressalvadas as exceções

faladas ao longo do trabalho. Nesse caso, a vontade da mulher em não ter o filho que foi concebido, demonstra que a seu direito a autodeterminação não é absoluto.

A partir dessa difícil questão, dos limites à autodeterminação feminina em razão dos direitos do nascituro, é que presente trabalho foi idealizado, com objetivo de entender o parto humanizado como afirmação de direitos da mulher, tutelando inclusive a vida do nascituro. Em primeiro lugar, busca-se fazer uma explanação principiológica justificadora de direitos de ambos os envolvidos, para posteriormente fazer uma análise sob o ponto de vista da ponderação como solução de conflitos de princípios.

Para tanto, foi preciso desenvolver os temas da Bioética e do Biodireito como disciplinas fundamentais relacionadas a esta temática. Além de princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana - fundamento maior da nossa Constituição Federal - direito à vida, à liberdade, à integridade física, entre outros, sendo assim possível entender como funciona a atividade da ponderação utilizada para solucionar colisões entre direitos e princípios. Nesse sentido foi possível chegar a algumas conclusões: a primeira delas é de que nenhum direito é absoluto, sendo necessário avaliar no caso concreto, qual terá maior valor e qual será descartado.

Observou-se a bioética como definidora de princípios base para limitar a atuação da ciência e biomedicina na vida humana, principalmente em relação a gestante, pois como vimos, muitas mulheres são submetidas a intervenções cirúrgicas contra sua vontade, ou até mesmo induzidas - por desconhecimento e medo - a optar por uma operação cesariana. Também se explicou o biodireito como disciplina garantidora da efetivação das normas jurídicas advindas da análise de valores éticos desenvolvidos pela bioética. Além de explicar a dignidade humana como fundamento maior da república e como princípio fundamental do biodireito.

Discutiu-se neste trabalho, o parto humanizado como forma de autodeterminação feminina, com respeito à sua dignidade humana entre outras garantias constitucionais. Em vista disto, demonstrou-se que existe por parte da biomedicina um abuso justificado na tutela ao nascituro, que a partir dos argumentos

expostos não se justificaram. Uma série de princípios, tanto bioéticos, como constitucionais, garantem à mulher o direito de escolher sua via de parto, baseada em informações seguras e livres de intenções paternalistas de caráter médico.

Não obstante, restou confirmado que, quando existir conflito entre os direitos do nascituro e o da mulher, deve-se resolver a colisão a partir da prática da ponderação. Feito isso, no caso de a mulher decidir pelo parto humanizado, mesmo que o médico justifique que o bem estar do nascituro possa estar comprometido, há que se ponderar a cerca dos direitos conferidos aos dois. De um lado a mulher, pessoa já nascida, detentora de personalidade jurídica que lhe garante todos os direitos constitucionalmente elencados; de outro o nascituro, definido ainda como não pessoa e possuidor apenas de expectativa de direitos.

Em vista dos argumentos expostos e das análises realizadas, conclui-se que quanto a princípios fundamentais, não a que se falar em princípios absolutos. Tanto os princípios que abarcam a mulher e o nascituro têm pesos distintos e devem ser ponderados para elencar qual será o de maior importância. No caso de autonomia da mulher na escolha da sua vida de parto, respeito à sua dignidade e à sua integridade psicofísica, não há como não considerar maior peso do que aos direitos conferidos ao nascituro. Escolher o parto humanizado, inclusive é defendido também como forma de proteger a vida do nascituro, dando-lhe mais dignidade no nascimento. Um tratamento mais humano em todo processo de gestação traz benefícios não só a gestante, mas ao concebido, que gozará de um nascimento natural, sem internações e com acalanto imediato de sua mãe.

5. REFERENCIAS

ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. Trad. de Luís Afonso Heck. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. Tutela civil do nascituro. São Paulo: Saraiva 2000.

ALMEIDA, Vitor e BARBOZA Heloisa Helena. Desigualdade de Gênero: A Mulher como Sujeito de Direito. O Direito Civil Entre o Sujeito e a Pessoa: Estudos em Homenagem ao Professor Stefano Rodotà . Coordenadores: Gustavo Tepedino, Ana Carolina Brochado Teixeira e Vitor Almeida. Belo Horizonte: Fórum. 2016

ALMEIDA, Vitor. A tutela extrapatrimonial do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro, 2013.

ARAUJO, Ana Laura Vallarelli Gutierrez. Constituição Bioética e Biodireito. Biodireito Constitucional. Coordenadoras: Maria Garcia, Juliane Caravieri Gamba, Zélia Cardoso Montal. Campus Juridico, 2009.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARBOZA, Heloisa Helena. Novos Temas de Biodireito e Bioética. Organizadores: Heloisa Helena Barboza, Jussara Maria Leal de Meirelles e Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar. 2003.

BARBOZA, Heloisa Helena. Novos Temas de Biodireito e Bioética. Organizadores: Heloisa Helena Barboza, Jussara Maria Leal de Meirelles e Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar. 2003.

BARBOZA, Heloisa Helena. Direito ao corpo e a doação de gametas, Editora Espaço e Tempo Ltda, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luís Roberto Barroso (Org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARCELLOS, Luiza Gonçalves, SOUZA, André Oliveira Rezende de e MACHADO, César Augusto Frantz. Cesariana: uma visão bioética. Revista Bioética, 2009

BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARCELLOS, Luiza Gonçalves, SOUZA, André Oliveira Rezende de e MACHADO, César Augusto Frantz. Cesariana: uma visão bioética. Revista Bioética, 2009.

BARRETO, Vicente de Paulo. As relações da bioética com o biodireito. Temas de biodireito e bioética. BARBOZA, Heloisa Helena, BARRETO, Vicente de Paulo (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos, In: MELLO, Celso de Albuquerque et al. Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1998.

CASTRO, Jamile Claro de e CLAPIS, Maria José. Parto Humanizado na percepção das enfermeiras obstétricas envolvidas coma a assistência do parto. Ver. Latino Am. Enfermagem. 2005. Novembro-dezembro; 13(6):960-7

CORREIA, Francisco de Assis. Alguns Desafios Atuais da Bioética. In: PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul (Org.). Fundamentos da bioética. São Paulo: Paulus, 1996.

CUNHA, Alfredo de Almeida. Indicações do parto a fórceps. Revista Femina, Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia. Volume 39, nº 12, dezembro de 2011. p. 549-554. LEVENO, Kenneth J. Manual de Obstetrícia de Williams. 21ª edição. Porto Alegre: Artmed, 2005.

CEZNE, Andrea Nárriman. A Teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das prespectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo: v.13, n.52, 2005, p.54

DINIZ, Carmen Simone Grilo. Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de um movimento, Ciênc. saúde coletiva vol.10 no.3 Rio de Janeiro July/Sept. 2005.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito, 4 ed. São Paulo: Ed. Saraiva 2007.

FABRIZ, Daury Cesar. Bioética e direitos fundamentais: A bioconstituição como paradigma ao biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p.273.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A Nova Filiação: O biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

GUYTON, Arthur e HALL, Jonh, Tratado De Fisiologia Médica. 12 ed. Elsevier , 2011, p. 1068.

Hippocrates. The Oath. Loeb Classical Library, v.1, reprint. Harvard, Massachusetts, 1992.

MÁDERO, Miguel Carlos. Constituição Bioética e Biodireito. Biodireito Constitucional. Coordenadoras: Maria Garcia, Juliane Caravieri Gamba, Zélia Cardoso Montal. Campus Juridico, 2009.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *Bioética e biodireito*. IN *Temas de biodireito e bioética*. BARBOZA, Heloisa Helena, BARRETO, Vicente de Paulo (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MONTORO, André Franco, FARIA, Anacleto de Oliveira. *Condição Jurídica do Nascituro no Direito Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1953.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010,

Organização Mundial de Saúde. *Assistência ao parto normal: um guia prático*. Genebra: OMS; 1996

PAES, Carolina Bastos Lima. *a autonomia da parturiente na escolha da via de parto x a vida do nascituro: uma abordagem bioética*.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil - Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. 21ª ed., v. I, Rio de Janeiro: Forense, 2005.
Pessini, Léo; Barchifontaine, Christian de Paul de. *Problemas atuais da Bioética*. São Paulo: Loyola, 1996.

Piovesan, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 7 ed. rev., ampliada e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

Pioversan F. *Os Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos*. In: Buglione S, organizadora. *Reprodução e Sexualidade: Uma questão de justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor e Themis - Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero; 2002.

POTTER, Van Rensselaer. *Bioethics: Bridge to the future*. Nova Jersey: Prentice-Hall, 1971 apud *Constituição Bioética e Biodireito*. Biodireito Constitucional. Coordenadoras: Maria Garcia, Juliane Caravieri Gamba, Zélia Cardoso Montal. Campus Juridico, 2009.

ENGELHARDT JR., H. Tristram. *Fundamentos da bioética*, Loyola, 1998.

SANTOS, Denise da Silva Santos e NUNES, Isa Maria. *Doulas na assistência ao parto: concepção de profissionais de enfermagem*. Esc. Anna Nery vol.13 no.3 Rio de Janeiro July/Sept. 2009

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. O equilíbrio do pêndulo, São Paulo: Ed. Ícone 1998.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de Interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang, Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. 6 ed. Revisada e atualizada. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008.

SAVATER, Fernando. Ética como amor-próprio. São Paulo: Martins Fontes, 2000 [1988].

SEMIÃO, Sergio Abdalla. Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 2 ed. Ver., e atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

Sgreccia E. Manual de Bioética. I- Fundamentos e Ética Biomédica. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 3ª ed. São Paulo: Método, 2013.

VILA-CORO, Maria Dolores. Introducción a la Biojurídica. Madrid: Servicio de publicaciones facultad derecho Univerdidad Complutense MEIRELLES, Jussara Maria Leal. Biodireito e Constituição.

SITES CONSULTADOS

AMORIM, Melania Maria Ramos; COSTA, Aurélio Antônio Ribeiro; COUTINHO, Isabela; NETO, Carlos Noronha. Análise crítica dos métodos não farmacológicos de indução do trabalho de parto. Disponível em <<http://files.bvs.br/upload/S/0100-7254/2010/v38n4/a004.pdf>> Acessado em: 01/12/2016.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: “Entre a ciência do direito” e o “direito da ciência”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), n. 17. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 1-19, jan./mar., 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acessado em 06/12/2016.

Constituição Federal. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessado em 28/11/2016.

Definição de Autonomia. Dicionário online. Disponível em <https://www.dicio.com.br/autonomia/>. Acessado em 28/11/2016.

DIAS, DOMINGUES, PEREIRA, FONSECA, GAMA, THEME FILHA, BITTENCOURT, ROCHA, SCHILITZ, LEAL. Trajetória das Mulheres na Definição pelo Parto Cesáreo:

Estudo de Caso em Duas Unidades do Sistema de Saúde Suplementar do Estado do Rio de Janeiro. *Ciência e Saúde Coletiva*, 2008. Disponível em < <http://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/10309>> Acessado em: 01/12/2016.

DIAS, Marcos Augusto Bastos. Cesariana: considerações sobre a trajetória desta cirurgia ao longo do último século p. 12. Disponível em http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/ProdEditorialANS_O_Modelo_da_atencao_obstetrica_no_setor_da_SS.pdf acessado 01/12 Acessado em: 01/12/2016.

Pesquisa Fiocruz. Disponível em < <http://portal.fiocruz.br/pt-br/content/pesquisa-revela-numero-excessivo-de-cesarianas-no-pais>> Acessado em: 01/12/2016.

COREMSP 2008. Disponível em <http://inter.coren-sp.gov.br/sites/default/files/parto_natural.pdf> Acessado em: 01/12/2016

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito do nascituro à vida. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista27/revista27%20%20JOS%C3%89%20CARLOS%20BARBOSA%20MOREIRA%20-%20O%20direito%20do%20nascimento%20%20C3%A0%20vida.pdf>. Acessado em: 02/12/2016.

Projeto de Lei PLDO 2017. Disponível em [http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/scpro1519.nsf/18c1dd68f96be3e7832566ec0018d833/f9268811ec3b2dc083257f9600761490/\\$FILE/Livro%20PLDO%202017.pdf](http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/scpro1519.nsf/18c1dd68f96be3e7832566ec0018d833/f9268811ec3b2dc083257f9600761490/$FILE/Livro%20PLDO%202017.pdf) Acessado em: 01/12/2016.

Disponível em <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2016/marco/31/MINUTA-de-Portaria-SAS-Cesariana-03-03-2016.pdf>, Acessado em 28/11/2016.

Lei Nº 11.108, de 7 de abril de 2005. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm. Acessado em: 28/11/2016.

ADPF nº 54. Disponível em: www.stf.jus.br Acessado em: 06/12/ 2016.

Matéria Jornalística. Disponível em<: <https://juntos.org.br/2013/07/humanizar-o-parto-uma-pauta-feminista/>> Acessado em:28/11/2016.

Matéria Jornalística disponível em < <http://veja.abril.com.br/saude/cesariana-por-que-ela-e-uma-epidemia-no-brasil/> > Acessado em 01/12/2016.

Parto do Princípio. *Violência obstétrica: Parirás com dor*. Disponível em <https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf> Acessado em: 20/11/2016.

SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 03/12/20016.

LOCH, Jussara de Azambuja. Princípios da bioética. Disponível em <http://www.pucrs.br/bioetica/cont/joao/principiosdebioetica.pdf> Acessado em: 28/11/2016.

VENTURA, Miriam. Direitos reprodutivos no Brasil. 3ª ed. Brasília-DF. 2009. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/direitos_reprodutivos3.pdf. Acessado em: 29/11/2016.