

Vinícius Venancio Costa

**Recusa pela gestante do tratamento médico recomendado:
implicações jurídicas**



São Paulo

2022

Vinícius Venancio Costa

**Recusa pela gestante do tratamento médico recomendado:
implicações jurídicas**

Dissertação apresentada à Faculdade de
Medicina da Universidade de São Paulo
para obtenção do título de Mestre em
Ciências

Programa de Obstetrícia e Ginecologia

Orientador: Prof. Dr. Fábio Roberto Cabar

São Paulo

2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Preparada pela Biblioteca da
Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo

©reprodução autorizada pelo autor

Costa, Vinicius Venancio

Recusa pela gestante do tratamento médico
recomendado : implicações jurídicas / Vinicius
Venancio Costa. -- São Paulo, 2022.

Dissertação(mestrado)--Faculdade de Medicina da
Universidade de São Paulo.

Programa de Obstetrícia e Ginecologia.
Orientador: Fábio Roberto Cabar.

Descritores: 1.Bioética 2.Direito à saúde 3.
Direitos da mulher 4.Direitos do paciente
5.Direitos sexuais e reprodutivos 6.Feto

USP/FM/DBD-450/22

Responsável: Erinalva da Conceição Batista, CRB-8 6755

Normatização Adotada

Esta tese está de acordo com as seguintes normas, em vigor no momento dessa publicação:

Referências - adaptado de International Committee of Medical Journals Editors (Vancouver).

Universidade de São Paulo. Faculdade de Medicina. Divisão de Biblioteca e Documentação. Guia de apresentação de dissertações, teses e monografias. Elaborado por Anneliese Carneiro da Cunha, Maria Júlia de A. L. Freddi, Maria F. Crestana, Marinalva de Souza Aragão, Suely Campos Cardoso, Valéria Vilhena. 3a ed. São Paulo: Divisão de Biblioteca e Documentação; 2011.

Abreviaturas dos títulos de periódicos de acordo com List of Journals indexed in Index Medicus.

Sumário

Agradecimentos

Lista de abreviaturas

Resumo

Abstract

| | | |
|----------|--|----|
| 1 | Capítulo Primeiro | |
| | 1.1 Introdução..... | 1 |
| | 1.2 Tratamento Constitucional..... | 8 |
| | 1.3 Tratamento Bioético..... | 11 |
| | 1.4 Tratamento infraconstitucional..... | 15 |
| 2 | Capítulo Segundo | |
| | 2.1 A ponderação..... | 20 |
| | 2.2 Críticas a ponderação..... | 27 |
| 3 | Capítulo Terceiro | |
| | 3.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510 (caso dos embriões <i>in vitro</i>)..... | 29 |
| | 3.2 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF (feto anencefálico)..... | 33 |
| | 3.3 O Recurso Extraordinário 1.212.272/AL (recusa da transfusão de sangue)..... | 37 |
| | 3.4 O Habeas Corpus 124.306/RJ (caso de interrupção da gravidez, decorrente de estupro, em até 3 meses por vontade da mulher)..... | 41 |
| | 3.5 As decisões referentes à internação de usuárias de drogas gestantes..... | 46 |
| 4 | Considerações Finais | 49 |
| 5 | Anexo | 52 |
| 6 | Referências | 54 |

Agradecimentos

Uma dissertação apresentada nesta casa, resultado de uma dedicação e comprometimento aliados a uma confiança em meu trabalho, não poderia acontecer sem a contribuição de muitas pessoas.

Agradeço à minha família, em especial meus pais, pelo incentivo constante aos estudos, a minha tia por toda a ajuda logo que cheguei em São Paulo há tantos anos, meu irmão e o carinho de minha avó.

Agradeço aos professores doutores Fábio Roberto Cabar, meu orientador por todas as sugestões, caminhos e direções, ao professor doutor Mario Henrique Burlacchini de Carvalho e à professora doutora Rossana Pulcineli Vieira Francisco pela oportunidade e os ensinamentos neste breve, porém inesquecível momento de minha carreira.

Agradeço, com extremo carinho, à Lucinda Cristina Pereira, por toda a paciência, apoio e ajuda indispensáveis.

Agradeço à Prof. Dra. Helena Regina Lobo da Costa pelas sugestões apresentadas na qualificação.

Por fim, a Reinaldo Sérgio Hamamoto por toda a dor e glória ensinadas.

Lista de Abreviaturas

| | |
|------|--|
| ADFP | Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental |
| ADI | Ação Direta de Inconstitucionalidade |
| AL | Alagoas |
| art. | Artigo |
| CF | Constituição Federal |
| CFM | Conselho Federal de Medicina |
| CNS | Conselho Nacional de Saúde |
| CPP | Código de Processo Penal |
| DF | Distrito Federal |
| DNA | Ácido desoxirribonucleico |
| EUA | Estados Unidos da América |
| RJ | Rio de Janeiro |
| STF | Superior Tribunal Federal |
| SUS | Sistema Único de Saúde |
| TJMG | Tribunal de Justiça de Minas Gerais |

Resumo

Costa VV. *Recusa pela gestante do tratamento médico recomendado: implicações jurídicas [dissertação]*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Medicina; 2022.

A presente dissertação tem por objetivo a análise do atual estado da tutela jurídica brasileira da mulher grávida na perspectiva de recusa terapêutica de um determinado tratamento a que tenha sido recomendada. Nesse sentido, persegue-se a pretensão de determinar, juridicamente, a possibilidade de recusa pela mulher, sendo a questão tratada diante da colisão de dois direitos considerados: de um lado, a autonomia da mulher e seus direitos reprodutivos e sexuais, e de outro lado a proteção do nascituro como vertente do direito à vida. Para tanto, passa-se a analisar o que é a vida como um bem jurídico constitucional e penalmente protegido, precisando sua definição e dificuldades enfrentadas; o normativo presente no ordenamento brasileiro, e a teoria da ponderação enquanto critério adotado pela doutrina e jurisprudência brasileiras para resolução de conflitos de colisão de direitos fundamentais. Tais bases conceituais são indispensáveis para a realização do escopo desta dissertação, a saber, um estudo jurídico da possibilidade de escolha da mulher, no qual se reconhece que, a despeito dos imperativos derivados do princípio da dignidade da pessoa humana, a dificuldade presente diante da falta até mesmo de diretrizes dos tribunais. Por fim, apresentam-se exemplos práticos julgados pelos tribunais brasileiros e ao fim as conclusões trazidas no presente trabalho.

Descritores: Bioética. Direito à saúde. Direitos da mulher. Direitos do paciente. Direitos sexuais e reprodutivos. Feto.

Abstract

Costa VV. *Refusal by pregnant women of medically recommended treatment: legal implications [dissertation]*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Medicina; 2022.

This thesis aims the analysis of the current state of the Brazilian legal framework considering the refusal by pregnant women of any medical treatment that they have been recommended to. In this sense, this research intends to verify the legal possibility of a refusal by women. This matter has been considered as a collision of two fundamental rights: on one hand, the autonomy and freedom of women and their reproductive and sexual rights, and on the other one, the protection of the unborn child as part of the right to life. In order to do so, the concept of the beginning of the life is studied as a constitutional and criminally protected legal asset, specifying its definition and difficulties faced; the relevant statutes in the Brazilian legal system, and Alexy's legal theory of argumentation as a criterion adopted by the Brazilian legal scholarship and case-law for the resolution of fundamental rights' conflicts. Such assumptions are indispensable for the accomplishment of this research, namely, a legal study of the women's medical choice feasibility, in which it is recognized that, despite the imperatives derived from the principle of human dignity, there is a lack of court directives. Finally, practical examples judged by Brazilian courts are highlighted and, at the end, the conclusions drawn in this work are presented.

Descriptors: Bioethics. Right to health. Women's rights. Patient rights. Reproductive rights. Fetus.

1. Capítulo Primeiro

1.1. Introdução

A trajetória comum de uma gravidez, notadamente quando consentida, implica a adoção de cuidados pela mulher gestante, em observância àqueles indicados pelo seu médico, até o parto, onde o feto se desvincula do corpo da mulher e passa a ter uma vida independente. Ocorre, que nem sempre a trajetória comum é observada. Muitas vezes, a gestante, seja por se encontrar em uma situação de gravidez consentida, seja não consentida, não deseja adotar o tratamento médico recomendado por razões de cunho pessoal, religioso, filosófico, ou quaisquer hipóteses, até mesmo não externalizadas. O que se faz diante dessa situação? Pode o médico intervir em vista do “bem maior”, quer seja o melhor cuidado para o feto, e solicitar uma ordem judicial determinando a submissão da paciente a um determinado tratamento? Pode a gestante se recusar a se submeter a qualquer tratamento, ainda que sob risco de morte? Há interesse jurídico do médico em questão, ou até mesmo de qualquer terceiro, para submeter a gestante a um tratamento não consentido? Esses são os questionamentos que o presente trabalho pretende desenvolver.

A vida se inicia com o nascimento e se encerra com a morte. Biologicamente analisado o conceito de vida se inicia a partir do momento da fecundação do óvulo pelo espermatozoide. Sob o ponto de vista jurídico, todavia, diversas teorias explicam a partir de que momento (i) há incidência da norma e (ii) conseqüente sanção em caso de violação da norma. Daqui parte a presente dissertação.

O cerne dessa questão, explorada pela doutrina, mas sempre a partir do mesmo pressuposto, quer seja, a garantia da tutela do nascituro pelo ordenamento jurídico, tem dois aspectos peculiares: (a) a partir de qual momento há personalidade civil e (b) a partir de qual momento a “vida” pode ser considerada um objeto de proteção. Porém, por que não se traz – ou ao menos

não se sopesa adequadamente – nessa discussão os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, mais notadamente a autonomia da gestante? Por que se exclui do debate da vida a opção da mulher em se submeter ou não a um determinado tratamento? O aborto, naturalmente, está abrangido nessa discussão.

Aliás, uma grande crítica àqueles que se mantêm como ativistas anti-aborto é que seus argumentos consideram apenas o feto não nascido, sem mencionar a mulher em cujo útero ele se encontra, anulando a existência da gestante como se não fosse mais do que uma incubadora na expectativa do nascimento do feto. Na verdade, não é a vida que está em análise, mas sim o potencial para a vida. A lei positivada brasileira, como se sabe, protege a própria vida e não a expectativa dela – pondo *a salvo* os direitos do nascituro.

Porém o aborto não é exclusivamente o objeto do presente trabalho, mas sim uma proposta de discussão para a seguinte questão: quando uma mulher grávida recusa o tratamento recomendado pelo seu médico, sua decisão pode não resultar em um bem-estar fetal ideal, o que cria um dilema ético e jurídico para as pessoas envolvidas. Diante disso, há um parâmetro no ordenamento a ser seguido? É possível a mulher gestante exercer sua autonomia, ainda que coloque o potencial de vida do nascituro em risco de morte? Ou há uma superproteção do ordenamento para o feto? Qual a responsabilidade do médico e do hospital diante os atos da gestante que coloquem a vida e o futuro do feto em risco? Quais são os referenciais teóricos para melhor compreensão entre a autonomia e liberdade da mulher gestante, representada sobretudo por meio do exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos, e o potencial de vida do nascituro?

A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, salvaguardando a lei, desde a sua concepção, os direitos do nascituro. Assim dita o Código Civil vigente.

Para o Direito Romano, no qual o ordenamento privado brasileiro tem sua origem remota, a personalidade jurídica coincidia com o nascimento, antes do que não havia de se falar em sujeito ou objeto de direito. O feto, nas entranhas maternas, era uma parte da mãe, e não uma pessoa um ente ou um corpo, como

Caio Mário da Silva Pereira relembra, citando o Digesto (Pereira, 2012).

É sabido que o nascimento com vida, para fins do Direito Civil brasileiro, se dá no momento em que (i) o feto é separado do ventre materno, desfazendo-se a unidade constituída entre mãe e filho, sendo configurado o “nascimento” e (ii) houve a primeira troca ox carbônica no meio ambiente pela criança, a primeira entrada de ar nos pulmões, configurando-se “a vida”, de modo que sua prova possa se dar, por exemplo, com docimasia. O nascituro é assim aquele que nascerá.

Nesse contexto, até a realização da primeira troca gasosa, o nascituro é considerado um sujeito de direitos em potencial, e um potencial de vida, que também está sob responsabilidade do médico que presta assistência ao pré-natal e parto. Destaca-se, assim, que esse profissional é responsável não apenas pela vida da gestante, mas também pelo feto que está sob seu cuidado.

Pelo Direito brasileiro, portanto, antes do nascimento com a vida, não há de se falar em personalidade jurídica. Porém, a lei cuida, em determinadas circunstâncias, de proteger e resguardar os interesses do nascituro, podendo-se exemplificar como normas positivadas a previsão de curatela do nascituro¹, de figurar como donatário², e até mesmo trata o ordenamento de excluir o nascituro de determinadas situações, como no caso da substituição fideicomissária³, em que a lei exclui o nascituro e apenas a permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador⁴. Aliás, acerca da figura dos “não concebidos”, importante fazer um parêntese conceitual com a “prole eventual”. A diferença entre “nascituro” e prole eventual reside no fato de que em relação à prole eventual ainda não houve a concepção, enquanto o nascituro é o ser já concebido, é a pessoa em desenvolvimento, já existente. Prole eventual, portanto, é a expectativa de vir a existir, também guardando amparo no Código

¹ Código Civil: art. 1.779. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar. Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro.

² Código Civil: Art. 542. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.

³ Em linhas gerais, o fideicomisso é o instituto por meio do qual o testador impõe a um herdeiro ou legatário, denominado fiduciário, a obrigação de, recebendo os bens decorrentes do testamento, transmitirá o fiduciário tais bens em favor de terceiro, denominado fideicomissário, quer seja pela morte do fiduciário, quer seja por certa condição.

⁴ Código Civil: art. 1.952. Art. 1.952. A substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador. Parágrafo único. Se, ao tempo da morte do testador, já houver nascido o fideicomissário, adquirirá este a propriedade dos bens fideicometidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário.

Civil, na possibilidade de a prole eventual ser considerada herdeira ou legatária⁵.

A preocupação primordial do Código Civil, como preliminarmente se observa, é com o aspecto patrimonial do nascituro. Há, todavia, um aparente silêncio no que tange aos aspectos existenciais do nascituro, isto é, que direito há para o nascituro de ser protegido enquanto potencial sujeito de direito? Que direito há quando se confronta a liberdade e autonomia da gestante em não se submeter a um determinado tratamento médico e a prevalência da vida do nascituro? Que direito há quando se prioriza a escolha da gestante em detrimento do bem-estar do feto?

O problema da técnica legislativa é duplo: consiste em saber quando e até que ponto pode ou deve ser protegido o interesse da pessoa que ainda não nasceu, a) quando concebido já o ente humano, ou b) ainda não concebido (Pontes de Miranda, 1999).

Pontes de Miranda já destacava que “um dos problemas mais delicados a respeito dos nascituros é o da tutela penal contra a ofensa à vida do *conceptus sed non natus*. Todos sabem que o infanticídio é crime, que o é o aborto e a própria ofensa à vida do apenas concebido” (Pontes de Miranda, 1999).

O ordenamento brasileiro estabelece a proteção da vida e saúde do nascituro exclusivamente pela tutela penal, quando se criminaliza o aborto⁶. Porém, pondera-se que para fins de direito penal, tudo o que a gestante pratique, com exceção do aborto, a rigor, não é crime.

Todavia, não nos parece que a tutela penal única e exclusivamente seja suficiente. Sobretudo, quando se observa no âmbito da jurisprudência civil brasileira a sujeição compulsória à gestante de tratamentos médicos.

Dessa introdução, iniciar-se-á o presente trabalho.

Muito já se escreveu sobre o início da personalidade da pessoa natural no direito civil, traçando-se aqui um breve panorama das principais correntes existentes no direito brasileiro.

⁵ Código Civil: Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; II - as pessoas jurídicas; III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação

⁶ Artigos 124 a 128 do Código Penal.

No Direito romano, considerado o embrião de todo o sistema privatista, para ser pessoa e adquirir personalidade, devia-se preencher certos requisitos: o nascimento perfeito (com vida, viabilidade e forma humana) e a capacidade. Nesse sentido, Cretella Júnior indica que em Roma duas condições eram requisitadas para se considerar uma “pessoa” e, portanto, ter personalidade completa: uma natural, consistente no nascimento perfeito (nascimento com vida, forma humana e viabilidade fetal), e uma civil, consistente na presença de um status (uma qualidade, condição civil de capacidade) criado pela doutrina romana (Cretella Júnior, 2000). Assim, o conceito de personalidade jurídica no Direito romano e distinguiu do de pessoa. Todavia, a doutrina aponta uma aparente contradição na personalidade do feto no Direito romano, muito pela falta de clareza das fontes conhecidas. Indica Teixeira de Freitas que “o Direito Romano estabelece em vários textos, que, durante a gestação, o filho não é ainda criatura humana” e que “outros textos, ao contrário, reconhecem a realidade assemelhando o nascituro, ao filho já nascido” (Teixeira de Freitas, 1983). Nessa linha, Moreira Alves afirma que no Direito romano o feto seria parte do corpo da mulher, não sendo considerado pessoa; porém, era possível que o nascituro fosse instituído como herdeiro num testamento ou que se nomeasse curador para cuidar de seus interesses (Moreira Alves, 2007).

Clóvis Bevilacqua, elaborador do Código Civil de 1916, nos trouxe o conceito de pessoa que perdura até os dias atuais, qual seja: “pessoa é o ser a que se atribuem direitos e obrigações” (Bevilacqua, 2007).

Todavia, o que se propõe é uma nova abordagem da consideração dos direitos do nascituro, que deve passar também pela perspectiva dos direitos reprodutivos de quem o gere, a gestante.

Na ponderação para se analisar se uma determinada mulher tem o direito de se recusar a um tratamento, a perspectiva não deve se limitar tão somente ao feto, visto que a mulher enquanto sujeito autodeterminante e pessoa com capacidade de direito é também paciente do médico.

O olhar diferenciador entre a gestante e o feto como pacientes distintos não é novidade na literatura médica. Como exemplo, em artigo de 2014, já se dizia que as terapias oferecem a promessa de tratamento para “pacientes fetais”,

sendo os interesses fetais cada vez mais considerados separadamente dos interesses maternos por clínicos, pessoas responsáveis por elaboração de políticas públicas e pela comunidade bioética. No entanto, a gravidez cria uma circunstância única na ética médica, pois o feto só pode ser acessado por meio da intervenção na gestante⁷.

Embora os interesses maternos e fetais geralmente estejam alinhados, o cuidado com o feto está entrelaçado e dependente do cuidado da gestante, e às vezes pode surgir conflito entre os interesses fetais e maternos. Essa circunstância é denominada conflito “obstétrico” ou “materno-fetal”. São questões carregadas emocionalmente que envolvem a proteção dos direitos das mulheres e os melhores interesses do feto. De toda forma, a melhor literatura médica indica que os interesses do feto geralmente estão alinhados com aqueles da gestante. Quando não estão, deve-se discutir o melhor interesse fetal, com a disponibilização de informações claras, compreensíveis e completas para a gestante, cujo posicionamento deveria prevalecer em respeito à sua autonomia e à sua integridade corporal⁸.

O direito das mulheres grávidas de recusar intervenções obstétricas é um princípio estabelecido da ética obstétrica, defendido pela Associação Americana de Obstetras e Ginecologistas (tradução livre de “American College of Obstetricians and Gynecologists”, que será referenciado ao longo deste trabalho em seu nome inglês, com aspas). O fundamento para tanto é a compreensão dominante dos direitos humanos, que sustenta que a integridade corporal é um direito fundamental, que foi escrito na lei inglesa por mais de 150 anos, e que foi incluído na Carta de Direitos das Nações Unidas desde 1947.

A “American College of Obstetricians and Gynecologists”, inclusive, por meio do seu Comitê de Ética, emitiu em 2016 a *Opinion* 664, reafirmada em 2019⁹, que traz as seguintes recomendações:

- A gravidez não é uma exceção ao princípio de que uma paciente com

⁷ “Ethics for the Pediatrician: Obstetric Conflict: When Fetal and Maternal Interests Are at Odds”. Disponível em: <http://pedsinreview.aappublications.org/>. Acessado em: 31 de julho de 2022

⁸ “The Fetus, the ‘Potential Child’, and the Ethical Obligations of Obstetricians”. Disponível em: https://journals.lww.com/greenjournal/Abstract/2014/05000/The_Fetus,_the_Potential_Child,_and_the_Ethical.26.aspx. Acessado em: 31 de julho de 2022

⁹ <https://www.acog.org/clinical/clinical-guidance/committee-opinion/articles/2016/06/refusal-of-medically-recommended-treatment-during-pregnancy>. Acessado em: 31 de julho de 2022

capacidade de decisão tem o direito de recusar o tratamento, mesmo o tratamento necessário para manter a vida. Portanto, a decisão de uma gestante com capacidade de decisão de recusar as intervenções médicas ou cirúrgicas recomendadas deve ser respeitada.

- O uso de coerção não é apenas eticamente inadmissível, mas também medicamente desaconselhável devido às realidades da incerteza prognóstica e às limitações do conhecimento médico. Como tal, nunca é aceitável que obstetras-ginecologistas tentem influenciar os pacientes para uma decisão clínica usando coerção. Obstetras-ginecologistas são desencorajados nos termos mais fortes possíveis do uso de coação, manipulação, coerção, força física ou ameaças, incluindo ameaças de envolver os tribunais ou serviços de proteção à criança, para motivar as mulheres a uma decisão clínica específica.
- Evocar o raciocínio, a experiência vivida e os valores da paciente é extremamente importante quando se trata de uma mulher grávida que recusa uma intervenção que o ginecologista-obstetra julga ser medicamente indicada para seu bem-estar, bem-estar do feto ou ambos. A perícia médica é melhor aplicada quando o médico se esforça para entender o contexto no qual o paciente está tomando sua decisão.
- Ao trabalhar para chegar a uma resolução com um paciente que recusou o tratamento medicamente recomendado, devem ser considerados os seguintes fatores: a confiabilidade e validade da base de evidências, a gravidade do resultado prospectivo, o grau de ônus ou risco colocado sobre o paciente. paciente, até que ponto a gestante compreende a gravidade potencial da situação ou o risco envolvido e o grau de urgência que o caso apresenta. Em última análise, no entanto, a paciente deve ser tranquilizada de que seus desejos serão respeitados quando as recomendações de tratamento forem recusadas.
- Os ginecologistas-obstetras são encorajados a resolver as diferenças usando uma abordagem de equipe que reconheça a paciente no contexto de sua vida e crenças e a considerar procurar aconselhamento de

consultores de ética quando o clínico ou a paciente achar que isso ajudaria na resolução de conflitos.

- A “American College of Obstetricians and Gynecologists” se opõe ao uso de intervenções médicas coagidas para mulheres grávidas, incluindo o uso dos tribunais para exigir intervenções médicas para pacientes relutantes. Princípios de ética médica apoiam a recusa de ginecologistas-obstetras em participar de intervenções judiciais que violem suas normas profissionais ou suas consciências. No entanto, obstetras-ginecologistas devem considerar as possíveis consequências legais ou relacionadas ao emprego de sua recusa. Embora na maioria dos casos tais ordens judiciais deem permissão legal para, mas não exijam, a participação do ginecologista-obstetra em intervenções médicas forçadas, os ginecologistas-obstetras que se encontram nesta situação devem se familiarizar com as circunstâncias específicas do caso.

Não é eticamente defensável evocar a consciência como justificativa para tentar coagir uma paciente a aceitar cuidados que ela não deseja.

A “American College of Obstetricians and Gynecologists” desencoraja fortemente as instituições médicas de buscar intervenções ordenadas pelo tribunal ou tomar medidas contra obstetras-ginecologistas que se recusam a realizá-las.

O Brasil, todavia, caminha em sentido contrário. Apesar do princípio de que “uma paciente com capacidade de decisão tem o direito de recusar o tratamento” estar expressamente estabelecido em lei (artigo 15 do Código Civil), e da figura criminal do “constrangimento ilegal”, no sentido de “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda” (artigo 146 do Código Penal), na prática a conclusão é outra.

1.2. Tratamento Constitucional

A expressa manifestação do princípio da dignidade da pessoa humana

como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil determina, em nosso ordenamento jurídico, a tradicional posição da vida humana como o bem jurídico mais relevante e, em razão disso, aquele merecedor da mais elevada proteção jurídica, especialmente, pelo Direito Penal.

A título exemplificativo, comenta a melhor doutrina:

“O direito à vida é o primeiro dos direitos fundamentais constitucionalmente enunciados. É, logicamente, um direito prioritário, pois é condição de todos os outros direitos fundamentais. Não se trata, porém, apenas de um *prius* lógico: o direito à vida é material e valorativamente (localiza-se, logo, em termos ontológicos no ter e ser vida, e não apenas no plano ético-deontológico do valor ou no plano jurídico-axiológico dos princípios) mais importante do catálogo de direitos fundamentais e da ordem jurídico-constitucional no seu conjunto” (Canotilho, 1993).

Porém, as questões relacionadas ao início e final da vida humana juridicamente tutelada e aquelas afeitas aos limites da proteção da existência vital da pessoa natural continuam sendo objeto de extensos debates, tanto religiosos, quanto morais e, especialmente, jurídicos.

Entretanto, a despeito de tais debates, o conceito de vida humana para o direito segue sem uma adequada clarificação – tendo o Direito Civil estabelecido um critério para o início da definição de “pessoa”. No Capítulo Terceiro, quando analisaremos exemplos práticos de casos emblemáticos decididos pelos tribunais brasileiros, mencionaremos o tema novamente na ótica da inviabilidade e a proteção da vida constitucional em razão do lugar, nos termos da decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510 (caso dos embriões *in vitro*) e em razão da morte cerebral, nos termos da decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF (feto anencefálico).

É justamente essa indeterminação conceitual sobre o que constitui a vida humana protegida pelo Direito que gera incertezas que nublam a segurança da tutela constitucional sobre a vida, bem como mantém a indeterminação do âmbito de proteção da norma contra limitações arbitrárias que, eventual e

recorrentemente, recaem sobre o âmbito pessoal de autodeterminação. Nesse sentido, qual seria o grau de extensão da liberdade feminina quando comparado com a vida em potencial do feto que a grávida carrega em si?

Sob a Constituição de 1988, os direitos e garantias fundamentais passam a ser compreendidos, não somente, como direitos públicos subjetivos do indivíduo, mas também como elementos de ordem objetiva, isto é, devem ser considerados na base estrutural de todo ordenamento e políticas públicas brasileiras, o que se denomina como caráter “jurídico-objetivo” dos direitos fundamentais. O Estado, sob tal égide, passa a tomar para si, como missão primordial, a guarda, a proteção e a promoção dos direitos humanos (Mendes et al., 2009).

Tal compreensão de direitos humanos pode ser vista da análise de vários elementos textuais da Constituição, a começar pelo próprio preâmbulo, que, mesmo não tendo caráter dispositivo, permite reconhecer a finalidade do contexto. Nesse sentido:

[...] assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias¹⁰ [...].

A Constituição determina uma série de posições fundamentais da ordem constitucional que permitem o reconhecimento de princípios sob os quais o Estado deverá exercer sua atuação, dentre eles, destacando-se o art. 1º, III, da Constituição Federal que impõe como fundamento a dignidade da pessoa humana.

O caráter jurídico-objetivo dos direitos humanos na Constituição de 1988 é ainda destacado quando da análise de seu art. 60, § 4º, IV que dispõe uma expressa limitação ao poder constituinte no sentido de que “não será objeto de deliberação nenhuma proposta de emenda tendente a abolir [...] os direitos e

¹⁰ Preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

garantias fundamentais”.

Em resumo, a Constituição de 1988 eleva os direitos humanos, particularmente os individuais e suas concernentes garantias, ao patamar de elementos fundamentais de ordem objetiva, protegidos inclusive contra o poder constituinte, devendo ser considerados em toda a atuação estatal, estando tanto a liberdade, quanto a vida como direitos fundamentais igualmente protegidos – e que diante de uma situação concreta em que ambos estejam presentes, critérios devem ser adotados para avaliação da melhor forma de solução do problema, como a seguir apresentado.

1.3. Tratamento Bioético

Em vista do assunto permear questões biológicas, filosóficas e jurídicas, a bioética se faz presente. A necessidade de desbravar as incertezas que cercam as questões biojurídicas e bioéticas relacionadas, ainda que evidente, redundam em problema particularmente sensível.

Uma vez que o caráter primordial da proteção da vida humana é facilmente percebido como evidente pela sociedade notam-se acaloradas discussões sobre o tema – pois ainda que evidente, ausente está uma definição jurídica. Tais debates, que não raro misturam elementos morais, ideológicos e religiosos, influenciam, limitam e condicionam a investigação jurídica.

Bioética é o estudo transdisciplinar entre biologia, medicina, filosofia e direito que investiga as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana, animal e responsabilidade ambiental (Pessini e Barchpontaine, 1994). Resume Leo Pessini que “a bioética estuda a moralidade da conduta humana no campo das ciências da vida”, estabelecendo padrões de conduta socialmente adequados (Pessini e Barchpontaine, 1994).

São quatro os princípios basilares da bioética e que nos auxiliam na resolução de situações que aparecem sobre o tema (Pessini e Barchpontaine, 1994):

- Princípio da autonomia: valoriza a vontade do paciente, ou de seus

representantes, considerando, dentro do possível, seus valores morais e religiosos. O princípio implica o reconhecimento do domínio do paciente sobre a própria vida (corpo e mente) e o respeito à sua intimidade. A autonomia é a capacidade de atuar em vista das informações recebidas e sem qualquer coação ou influência externa. Desse princípio decorre a exigência do consentimento livre e informado.

- Princípio da beneficência: é um princípio que se refere ao atendimento do profissional da área da saúde, em relação aos mais relevantes interesses do paciente, visando a seu bem-estar, evitando-lhe sempre quaisquer danos. Baseia-se na tradição hipocrática de que o profissional da saúde só pode usar o tratamento para o bem do paciente, segundo sua capacidade e juízo, e nunca para fazer o mal ou praticar a injustiça. A regra de ouro do princípio da beneficência é não causar dano e maximizar os benefícios, minimizando os possíveis riscos.
- Princípio da não-maleficência: contém a obrigação de não acarretar dano intencional.
- Princípio da justiça: tormentosa é a definição de justiça até mesmo diante da ótica pura do direito, mas no âmbito da bioética o princípio requer a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios da prática médica, pelos profissionais da área da saúde, procurando evitar a discriminação.

Destaca-se que em outubro de 2005, a Conferência Geral da UNESCO adotou a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, que de forma inédita à época, na história da bioética, os países e a comunidade internacional se comprometeram a respeitar e aplicar os princípios fundamentais da bioética, apresentados em um documento único.¹¹

A Prof^a Dr^a Adriana Maluf, em seu “Curso de Bioética e Biodireito” apresenta brilhantemente um compêndio da visão da bioética sobre o início da vida e que aqui resumimos e transcrevemos como forma de suporte ao tópico.

No âmbito da biologia e da embriologia a vida começa desde a própria

¹¹ Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por Acessado em 6 de novembro de 2022.

ovulação, no momento da liberação do ovócito, estendendo-se até o momento da fixação do zigoto no útero, chamado nidificação, que torna a vida viável. O desenvolvimento embrionário tem início com a fecundação. As características do novo indivíduo são determinadas pelos cromossomos herdados nesse momento do pai e da mãe. O zigoto, guiado pela sua informação genética única, inicia rapidamente a constante divisão, diferenciação e migração celular, que irão formar todos os tecidos do organismo de forma surpreendentemente precisa. Passará por sucessivas etapas de divisões celulares até formar o indivíduo propriamente dito. A fecundação, processo através do qual o gameta masculino e o gameta feminino se unem formando um zigoto ocorre na ampola da trompa uterina da mulher. Na fecundação determina-se o sexo do embrião. Um ser humano adulto tem mais de trinta trilhões de células, desempenhando inúmeras funções diferentes no cérebro, pele, ossos, coração, etc., todas derivadas do zigoto que resultou da fecundação (Maluf ACRFD, 2010).

O ovócito leva 24 horas para fecundar, e assim que é fecundado vai terminar a segunda divisão meiótica, tornando-se óvulo. O espermatozoide dilata a sua cabeça no ovócito cujos cromossomos se dilatam formando respectivamente um pró-núcleo masculino e um pró-núcleo feminino, onde vai ocorrer efetivamente a segunda divisão meiótica. Até este momento ainda não houve a mistura do material genético. A síntese do DNA é feita pelo pró-núcleo masculino e feminino, fundindo os dois materiais genéticos. Esta fase representa a primeira fase da formação do ovo ou zigoto. Nesta fase, denominada Segmentação, ocorrem diversas divisões celulares, a partir do estado de zigoto a divisão celular passa a ser mitose e o zigoto sofre um processo de clivagem, a primeira quebra da célula em duas, tornando-se um blastômero, possuindo nesta fase de 4 a 16 células, a etapa posterior formará um arranjo no posicionamento celular, onde as células organizadas distribuem-se entre a periferia, trofoblasto - células jovens que se comunicam, e o centro-embrioblasto, células jovens que vão formar o embrião. Esta fase de rearranjo celular é chamada mórula. Este processo celular leva 7 dias para ocorrer (Maluf ACRFD, 2010).

A mórula, uma vez formada, é invadida por um líquido que promove o deslocamento dos blastômeros para a periferia. Forma-se assim, a blástula ou

blastocisto, estrutura que apresenta uma cavidade cheia de líquido, denominada blastocele, e uma camada celular constituída de micrômeros e macrômeros, denominada blastoderme.

O embrião depois do 12º dia de gestação não fica mais nidado, preso ao útero. A próxima etapa embrionária é a gastrulação, que compreende o processo de transformação da blástula em gástrula, estágio embrionário que se caracteriza pela formação dos folhetos germinativos ou embrionários, representa um fenômeno embriológico que formará a mesoderme que, por sua vez, serve para sintetizar as proteínas específicas voltadas para a especialização celular. As células da blástula se rearranjam. Células migradas para a região interna (endoderma e mesoderma) serão, posteriormente, diferenciadas em músculos e órgãos internos; e as superficiais (ectoderma), em sistema nervoso e pele. A blastocele desaparece, dando origem a uma estrutura denominada arquêntero, que se modificará em tubo digestório (Maluf ACRFD, 2010).

Para Paulo Margotto, o período embrionário se inicia com a fertilização e termina na 8ª semana quando adquire características para ser reconhecido como ser humano. Aponta para o fato de o crescimento das células embrionárias ser extremamente veloz. No período embrionário essa velocidade de crescimento do feto atinge 300 vezes o seu tamanho inicial (que é de 0,1 mm), já no período fetal (que vai da 9ª a 40ª semana) o crescimento atinge 17 vezes o tamanho inicial. Durante a primeira semana de gestação - 1º ao 5º dia de implantação, o embrião mede 0,1mm, apresentando a forma unilaminar (embrioblasto). É oriundo do encontro dos gametas, mas ainda possui a conservação do material genético. A determinação do sexo genético vem realizada pelo pró-núcleo feminino e masculino. Na segunda semana - 6º ao 9º dia de gestação, ocorre efetivamente a nidação ou implantação do zigoto.

A transformação do embrião em feto é gradual, sendo que o desenvolvimento durante o período fetal está basicamente relacionado com o rápido crescimento do corpo e com a diferenciação dos tecidos, órgãos e sistemas. Ao atingir a 12ª semana, o feto já possui 6-7 cm de comprimento e pesa aproximadamente 13g, aparecem os centros de ossificação, há o diferenciamento dos dedos, do nariz, assim como ocorre o desenvolvimento dos

cabelos rudimentares. Iniciam-se os movimentos espontâneos (Maluf ACRFD, 2010).

Conforme ponderado, apesar de impossível negar a necessidade da discussão jurídica sobre tais temas, uma pergunta fundamental parece esquecida ou relegada à insignificância. Considerada um dado intuitivamente evidente, a definição de vida humana para o Direito resta abandonada e esse abandono não ocorre sem graves consequências.

O que seria a vida humana protegida pelo Direito? Qual o limite de escolha da mulher? A jurisprudência tem trazido alguns critérios, como se verá no Capítulo Terceiro deste trabalho.

1.4 Tratamento infraconstitucional

No âmbito infraconstitucional, temos o já mencionado artigo 15 do Código Civil, e o artigo 7º, inciso III da Lei 8.080/1990 (Lei Orgânica do SUS), que traz o princípio da “preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral”. O Estado de São Paulo igualmente prevê na Lei Estadual 10.241/1999, que dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado, que é direito do usuário dos serviços de saúde “consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados”.

No âmbito administrativo, começa-se a notar inovação dessas diretrizes. Apesar do Código de Ética Médica (Resolução CFM Nº 2.217/2018) estabelecer em seus princípios fundamentais que “no processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas”, já há exceções inovadoras, tanto no referido princípio ao trazer a linguagem “desde que adequadas ao caso” (Capítulo 1º, inciso XXI) – pois quem deveria ter a escolha final, sendo adequado ou não ao caso é o paciente, sujeito do tratamento – o mesmo código parece ter trazido

uma hipótese em que o tratamento médico possa ser realizado sem consentimento, pois nos termos do artigo 22 é vedado ao médico “deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”.

Também no âmbito administrativo, a Portaria 1820/2009 do Ministério da Saúde traz que é garantido à pessoa “o consentimento livre, voluntário e esclarecido, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo nos casos que acarretem risco à saúde pública, considerando que o consentimento anteriormente dado poderá ser revogado a qualquer instante, por decisão livre e esclarecida, sem que sejam imputadas à pessoa sanções morais, financeiras ou legais” (artigo 5º, inciso V). Por que apesar dos esforços do Poder Legislativo ainda assim o consentimento do paciente não é devidamente valorado pelos Poderes Executivo e Judiciário? Por que ao médico é ético e legal reconhecer a sua objeção de consciência para submeter um paciente a um determinado tratamento, mas ao paciente, a depender da hipótese, não lhe é aceitável no ordenamento brasileiro ter a escolha livre para decidir?

O Conselho Federal de Medicina, em 16 de setembro de 2019, publicou a Resolução CFM Nº 2.232/2019, que estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente.

Já em seu artigo 2º, a resolução estabelece um primeiro critério para o exercício da recusa de um tratamento recomendado: ser o paciente maior de idade, capaz, lúcido, orientado e consciente, no momento da decisão. Poder-se-ia questionar o significado de “lúcido”, termo inexistente na legislação brasileira – que, ressalte-se, desde a Lei 13.146/2015, que teve origem da ratificação pelo Brasil na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, eliminou do rol de pessoas incapazes aqueles que tivessem algum grau de deficiência intelectual. Também poder-se-ia questionar o significado de “consciente”, pois se uma pessoa está orientada, não estaria já com plena consciência de sua decisão? Poder-se-ia, por fim, questionar a legalidade de um ato administrativo emitido por uma autarquia estabelecer requisitos não previstos em lei.

O problema da Resolução CFM Nº 2.232/2019, porém, não se limita em seu artigo 2º. O artigo 5º, parágrafo 2º da Resolução CFM 2232/2019, estabelece que: “a recusa terapêutica manifestada por gestante deve ser analisada na perspectiva do binômio mãe/feto, podendo o ato de vontade da mãe caracterizar abuso de direito dela em relação ao feto”.

O CFM não somente relativiza o direito de autodeterminação da gestante sob seu próprio corpo, como também traz linguagem apta a gerar responsabilidade da própria gestante caso não prossiga com a recomendação médica.

Como forma de afastar os efeitos da referida norma, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública (número 5021263-50.2019.403.6100, em trâmite perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região) buscando a revogação do artigo 5º, parágrafo 2º da Resolução CFM 2232/2019. Para além da autodeterminação da gestante, o MPF destacou que o referido dispositivo viola o Código de Ética Médica, por possibilitar o desrespeito à decisão do paciente, sendo certo que o desrespeito à autonomia da gestante também estaria apta a configurar crime. Na visão do MPF, na hipótese de desrespeito da autonomia, o artigo 146 do Código Penal (constrangimento ilegal) poderia incidir, como por exemplo nas hipóteses de atendimento à gestação e ao parto sem consentimento da paciente, realização de intervenções médicas sem o consentimento da mulher. Ainda, o artigo 5º, parágrafo 2º da Resolução CFM 2232/2019 podem favorecer a adoção de procedimentos desnecessários e que contrariam a autonomia das gestantes¹².

A respectiva ação civil pública foi julgada em primeira instância e pende definição do recurso. Em primeira instância, a juíza prolatora da sentença deu razão ao CFM. Nas palavras da juíza Rosana Ferri:

“Em realidade, me parece que o parágrafo 2º, que ressalta o direito de garantir a vida do feto, somente ressalta o inciso I do artigo 5º, que prevê a possibilidade de o médico não aceitar a recusa terapêutica na hipótese de risco à vida de terceiro. Na

¹² Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/mpf-quer-revogacao-de-norma-que-autoriza-intervencoes-medicas-sem-o-consentimento-das-gestantes>. Acessado em 6 de novembro de 2022.

previsão do parágrafo 2º, o terceiro é o feto.

Há que se ressaltar que a recusa da gestante pode não se dar somente no momento do parto, mas também, como ressaltado no I.C., por exemplo, em a mãe recusar tratamento que seguramente salvaria a vida do feto, como citado, o caso de dependente química, grávida, que recusa tratamento.

Caso seja comprovado que o médico procedeu a intervenção desautorizada pela paciente sem que tenha existido risco para o feto, este profissional deverá ser responsabilizado mediante processo administrativo, cível e penal.

Entretanto, retirar do profissional a possibilidade de realizar uma intervenção sem o respaldo de uma norma expressa, pode inibir eventuais atitudes que salvariam a vida de um bebê.

Assim, entendo deva ser rejeitado o pedido efetuado na inicial, estando, o parágrafo 2º do artigo 5º, bem como o artigo 6º e o 10º, sustentados pelas Normas Constitucionais de Direito à Vida e, especificamente o parágrafo 2º, pela defesa dos interesses do nascituro.

Acrescente-se que, na hipótese de risco à vida, seja do próprio paciente, de terceiro ou do feto, entendo não haver quebra do dever de sigilo, na determinação de que o profissional se reporte a autoridade, seja do hospital, policial ou administrativa.”

Em desrespeito à autonomia sobre o corpo da gestante, a juíza utiliza o argumento “de salvar a vida de um bebê”, e ainda não vê qualquer violação de privacidade ao permitir que o médico ou qualquer terceiro se reporte à autoridade estatal para relatar um caso de gestante “desobediente”. A título comparativo, ilustra-se que o direito à privacidade foi o fator determinante e basilar para o conhecido caso *Roe v. Wade*, julgado em 1973 pela Suprema Corte Americana, que garantiu a proteção constitucional ao direito ao aborto, posteriormente revertido em 2022 por *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, deixando a proteção a nível estadual, alegando que o direito ao aborto não estava

“profundamente enraizado na história ou tradição desta nação”, nem considerado um direito quando a cláusula do devido processo foi ratificada em 1868, e era desconhecido na lei dos EUA – o que naturalmente é objeto de críticas, críticas aliás que o presente trabalho endossa, visto que o Direito enquanto fato social deve acompanhar o desenvolvimento da sociedade, e muitos outros direitos, como a fecundação in vitro, o casamento inter-racial e casamento entre pessoas do mesmo sexo – não existiam à época de 1868, e aplicando-se a razão da decisão, seriam então inconstitucionais?

Na ótica legislativa e da bioética, visto o panorama aqui apresentado, não se extrai uma resposta para a pergunta tema deste trabalho. O tema, tal como diversas situações cotidianas da vida, implica a aplicação dos direitos fundamentais, seja a autonomia da mulher gestante, e a proteção ao nascituro – resultando em colisão clássica de direitos, gerando uma dificuldade, ao intérprete, em relação a qual direito deva prevalecer no caso concreto.

Neste panorama, auxiliarmo-nos-amos da teoria do jurista alemão Robert Alexy (2002; 2005) que defende, com base na jurisprudência alemã, o uso da técnica da ponderação como forma para resolver o problema da colisão entre direitos fundamentais estruturados como princípios, como é o caso do presente trabalho em que temos de um lado o direito à vida, e do outro a autonomia da gestante. Tal teoria é incorporada no Brasil pela doutrina e pelo Poder Judiciário, e será apresentada no capítulo seguinte.

Esta Dissertação está aprovada pelo Comitê de Ética em Pesquisa do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (Anexo A).

2. Capítulo Segundo

2.1 A ponderação

Em linhas gerais, direitos fundamentais são aqueles inerentes à condição humana, como o núcleo de proteção da dignidade da pessoa. Conforme os ensinamentos de Gilmar Mendes, direitos fundamentais podem ser entendidos materialmente como pretensões que em cada momento histórico se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana, tendo como características a universalização, compreendida como os objetivos vitais básicos em um conjunto de indivíduos, a constitucionalização, por estarem inscritos em um diploma normativo do Estado, a historicidade, por serem observados em um contexto histórico, a inalienabilidade, e a vinculação dos poderes públicos, como uma forma de organização e limitação do poder estatal constituído (Mendes et al., 2009).

Para Alexy, as constituições democráticas modernas compreendem duas classes ou categorias de normas. A primeira, que contém normas que constituem e organizam a legislação, o julgamento e a administração do Estado; e a segunda, que contém normas que restringem e dirigem o poder público, conferindo direitos constitucionais, que são os direitos fundamentais (Alexy, 2002).

Em vista de sua relevância, os direitos fundamentais devem ter força vinculante em um Estado Democrático de Direito, de modo que sua força esteja presente tanto para o Estado quanto para as relações entre pessoas privadas, irradiando sua força normativa em todas as relações.

Como forma de implementar os direitos fundamentais, é imprescindível que eles sejam executáveis, ou seja, que toda e qualquer violação e/ou ausência de implementação seja levada ao Poder Judiciário, que adotará as medidas cabíveis conforme as normas jurídicas, normas essas que podem se estruturar

como regras ou princípios, sendo diversas as formas de diferenciá-los¹³.

No entender de Ronald Dworkin, saudoso jurista americano, um critério diferenciador essencial entre regras e princípios é em relação ao tipo de orientação que elas oferecem, logicamente. Ambos os conjuntos normativos apontam para decisões particulares sobre obrigações legais em circunstâncias particulares, mas diferem na direção que orientam. As regras são aplicáveis em uma lógica de “tudo ou nada” . Se os fatos que uma regra estipula são dados, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é, caso em que ela não contribui em nada para a decisão e não deve ser considerada. (Dworkin, 1977).

Regras, nessa perspectiva, seriam razões definidas, enquanto os princípios fornecem comandos orientativos; esta é a distinção empregada e aceita, de um modo geral.

Com base em tal distinção, Dworkin sustenta que princípio é um padrão a ser observado, não porque irá promover uma determinada situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade (Dworkin, 2010).

Robert Alexy, por sua vez, defende que o diferenciador entre regras e princípios é de ordem qualitativa. O ponto decisivo entre regras e princípios está no fato de que princípios são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes (Alexy, 2014)¹⁴.

Independente da corrente adotada, qual a razão dessa diferença categórica das normas entre regras e princípios? A solução a ser adotada quando presente um conflito de duas normas incidentes em um caso – quer seja, por exemplo, a autonomia da mulher e os direitos do nascituro, ou os direitos reprodutivos e sexuais da mulher e o direito à vida.

Assim como Dworkin, Alexy entende que uma das soluções para a colisão

¹³ Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos. Colisão De Direitos Fundamentais, Ponderação e Proporcionalidade na visão de Robert Alexy. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos> Acessado em 7 de novembro de 2022.

¹⁴ Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos. Colisão De Direitos Fundamentais, Ponderação e Proporcionalidade na visão de Robert Alexy. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos> Acessado em 7 de novembro de 2022.

entre regras é declarar uma delas inválida. Para princípios, por sua vez, a ponderação, baseada na ideia de proporcionalidade, tem sua vez. E a proporcionalidade para Alexy se inicia na própria estrutura do princípio.

Alexy define princípios como requisitos de otimização. Como princípios trazem “requisitos” para uma determinada ação ou exercício, a palavra-chave a ser considerada é “otimização”, que ele define como a realização na maior extensão possível (Alexy, 2002).

Disso, duas conclusões são extraídas: (a) na ausência de um princípio concorrente, o princípio considerado exigiria realização plena. Se o direito à vida é um princípio e não houvesse princípios concorrentes, por exemplo, como a integridade e liberdade da mulher, então a proteção do feto deveria ser realizada completamente, significando – por mais absoluto que seja – que em qualquer hipótese o feto deveria ser protegido e ter a vida viabilizada, não se cogitando por exemplo, de hipóteses autorizativas de aborto; (b) se houver um princípio concorrente, por outro lado, ele deve ser considerado até o ponto máximo de prevalência de cada princípio, e cada um deve ser realizado “na maior extensão possível”. Para Alexy, é aqui que a ponderação acontece.

Para determinar o que é possível em uma situação de colisão de princípios, Alexy equilibra os dois princípios concorrentes. Assim, quando há uma conflito entre os princípios do direito à vida e da liberdade da mulher, a fim de determinar qual tem prioridade em um caso concreto, devemos comparar seus respectivos pesos no caso particular, em vista das condições específicas. Essa conexão entre princípios e a ponderação é “lógica” para Alexy: a natureza dos princípios implica o princípio de proporcionalidade e vice-versa (Alexy, 2002). Para os fins deste trabalho, quer seja uma apresentação resumida da teoria da ponderação, não adentraremos em detalhes e maiores divergências entre os trabalhos de Dworkin e Alexy.

A análise de proporcionalidade (ou também denominada ponderação) implica uma avaliação de três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporção em sentido estrito (Alexy, 2002).

Os princípios da adequação e necessidade dizem respeito ao

mandamento de otimização do que for factualmente possível, ao passo que o princípio da proporcionalidade no sentido estrito diz respeito ao mandamento do que for legalmente possível. Abaixo desenvolveremos essa ideia.

O princípio de adequação significa que a interferência com um princípio deve contribuir para a realização do outro. Podemos considerar, por exemplo, se uma mulher grávida que queira realizar um parto normal e não deseja seguir com a recomendação de seu médico para realizar uma cirurgia cesárea por ocasião da placenta estar em uma posição obstruindo a passagem do bebê e aumentando o risco de hemorragias. Poder-se-ia cogitar da adequação no seguinte sentido para se avaliar a recusa da mulher: a indicação da cesárea é adequada para o caso concreto? Haveria no exemplo aparente recomendação médica amparada nos protocolos aplicáveis em vista do bem estar do feto. Nesse caso, o princípio da proteção ao feto exigirá que a interferência no princípio da liberdade da mulher contribuísse para a concretização do direito à vida. Essa é uma questão empírica.

O princípio da necessidade exige que não haja outros meios menos restritivos pelo qual obter o mesmo resultado. A medida representa o meio menos gravoso possível para se viabilizar o nascimento da criança? Aqui se analisaria comparativamente a hipótese com demais viabilidades para se alcançar o resultado pretendido. Se, a posição da placenta não estivesse de tal forma que obstruísse a passagem do feto, sem nenhuma outra hipótese recomendativa da respectiva cirurgia, e ainda assim o médico não aceitasse a escolha da mulher em seguir com o parto normal, de modo ser possível alcançar o mesmo resultado, então o princípio da necessidade seria violado; esta também é uma questão empírica.

Por fim, o princípio da proporcionalidade no sentido estrito requer comparar os pesos dos princípios concorrentes nos casos concretos; aqui, o raciocínio normativo é requerido. Ao equilibrar os dois princípios concorrentes, determina-se os limites do que é legalmente possível.

Essa técnica da proporcionalidade ou da ponderação foi desenvolvida com base no raciocínio do Tribunal Constitucional Alemã, para defender que todos os princípios abstratamente têm a mesma importância, devendo, na

hipótese de colisão entre eles, serem analisadas as condições fáticas e jurídicas do caso concreto para, ao final, decidir qual deve prevalecer (2003, 2014, 2015).

A técnica do balanceamento, do sopesamento ou da ponderação foi apresentada pelo Tribunal Constitucional Alemão em 1958, no caso Lüth, para decidir um conflito envolvendo a colisão de dois direitos fundamentais (Alexy, 2003).

Lüth recorreu ao Tribunal Constitucional Alemão, contra os donos de salas de cinema e distribuidores de filmes, por conta de um boicote organizado por Lüth para filmes produzidos depois de 1945 por Veit Harlan sob a alegação de que Harlan foi o diretor de cinema nazista mais proeminente do período. Em um primeiro momento, o Tribunal Distrital de Hamburgo decidiu que Lüth deveria abster-se de fazer qualquer boicote aos filmes de Harlan. A razão para tal decisão foi que o boicote promovido violou, no entender daquele tribunal, o parágrafo 826 do Código Civil Alemão, como sendo contrário à ordem pública. Lüth então apresentou uma reclamação constitucional contra esta decisão.

O Tribunal Constitucional Alemão considerou o recurso de Lüth para boicotar tais filmes como garantido pelo princípio da liberdade de expressão, previsto no artigo 5 da Lei Fundamental da Alemanha.

Sem maiores vicissitudes, o Tribunal Constitucional Alemão exigia que houvesse uma ponderação das colisões constitucionais em que a aplicação de regras de direito civil poderia limitar um direito constitucional. O resultado de seu equilíbrio foi que o princípio da liberdade de expressão deve ter prioridade sobre as concepções infraconstitucionais porque se determinou que a cláusula “contra a ordem pública” do art. 826 do Código Civil Alemão deveria ser interpretada de acordo com esta prioridade (Alexy, 2002).

A decisão no caso Lüth conecta três ideias que serviram fundamentalmente para moldar o direito constitucional alemão – e embasar a ponderação. A primeira é que a garantia constitucional de direitos individuais não é simplesmente uma garantia de defesa clássica de direitos do cidadão contra o Estado. Os direitos constitucionais incluem, citam o Tribunal Constitucional Alemão, “uma ordem objetiva de valores”, o que viria a ser entendido como uma

normativa que vinculasse todo o Estado, portanto uma ideia de que os direitos constitucionais têm o caráter de princípios. A segunda ideia, intimamente ligada à primeira, é que os princípios encontrados nos direitos constitucionais se aplicam não apenas à relação entre o cidadão e o Estado, mas a todos os ramos do Direito, o que seria denominado como um “efeito irradiante” dos direitos constitucionais sobre todo o sistema jurídico. A terceira ideia está implícita na estrutura de valores e princípios. Valores e princípios tendem a colidir. Uma colisão de princípios só pode ser resolvida pela ponderação. A lição do caso Lüth pode ser resumida no postulado de que um equilíbrio de interesses torna-se necessário em qualquer conflito de direitos fundamentais (Alexy 2002).

Neste cenário, Alexy (2014, 2015) defende que o procedimento para a solução de colisão de princípios é a ponderação, a qual deve ser aplicada a partir do princípio da proporcionalidade.

No senso comum, proporcionalidade equivale à razoabilidade. Parte da doutrina e os tribunais, inclusive brasileiros, tratam os termos como sinônimos. Para outros, o critério diferenciador é que a proporcionalidade tem origem na doutrina jurídica alemã, e a razoabilidade na inglesa. Virgílio Afonso da Silva, por exemplo, traz que a razoabilidade, como aplicada na Inglaterra, apareceu pela primeira vez em decisão no caso precedente *Associated Provincial Pictures Houses Ltd. V. Wednesbury Corporation*¹⁵.

Não obstante, como mencionado, o Supremo Tribunal Federal usa os dois termos como sinônimos, extraindo-se o seguinte raciocínio:

- a Constituição consagra implicitamente a proporcionalidade;
- o ato questionado não respeita essa exigência;
- o ato questionado é inconstitucional¹⁶.

Devido à limitação temática e não ser objeto do presente trabalho um estudo pormenorizado da proporcionalidade, concentramos a análise na

¹⁵ No caso, resumidamente, em 1947, a *Associated Provincial Picture Houses* recebeu uma licença da *Wednesbury Corporation* para operar um cinema com a condição de que nenhuma criança menor de 15 anos, acompanhada por um adulto ou não, fosse admitida aos domingos. No caso, a corte se manifestou sobre se a licença continha uma condição razoável – a *Wednesbury Corporation* exerceu seu arbítrio de forma razoável? A corte negou provimento ao recurso da *Associated Provincial Picture Houses* porque considerou que não haveria uma “falta de razoabilidade”. Os tribunais só interfeririam no arbítrio da autoridade local, se a autoridade chegasse a uma decisão tão desarrazoada, que nenhuma outra autoridade razoável chegaria. Disponível em: <https://simplestudying.com/wednesbury-case/> Acessado em 7 de novembro de 2022.

¹⁶ Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos. Colisão De Direitos Fundamentais, Ponderação e Proporcionalidade na visão de Robert Alexy. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos> Acessado em 7 de novembro de 2022.

proporcionalidade apresentada por Robert Alexy, que de forma majoritária é aceita na doutrina e na jurisprudência brasileiras, e trazido pelo expoente Prof. Dr. Virgílio Afonso da Silva (Silva, 2002).

2.2 Críticas à ponderação

Apresentado o conceito teórico, importante também mencionar, ainda que brevemente, as críticas trazidas pela doutrina a esse pensamento.

O Prof. Dr. Sergio Nojiri, amparado nas críticas do jurista espanhol Juan Antonio García Amado, indica que a ponderação é apenas uma valoração, a vontade do julgador, que pode ser tão aceitável ou inaceitável como seu oposto – e pode até se confundir com a personalidade (Nojiri, 2012).

Diego Brito Cardoso com base em Carlos Bernal Pulido, por sua vez, elenca três críticas da doutrina jurídica quanto ao uso da ponderação¹⁷:

1) Indeterminação da ponderação: não há uma objetividade na ponderação, de modo que a ponderação seria mero subjetivismo do juiz;

2) Incomensurabilidade da ponderação: duas coisas distintas- no caso dois direitos em choque – não são possíveis de serem comparadas, em vista de suas diferenças radicais;

3) Impossibilidade de prever os resultados da ponderação: a ponderação tem o potencial de resultar consequências distintas, uma vez que cada situação dependerá de circunstâncias específicas de cada caso e não de critérios gerais.

Ocorre que, por mais relevantes que sejam as críticas, não houve o desenvolvimento até o presente momento de melhores teorias e teorias mais aceitas para a solução dos conflitos entre direitos fundamentais – e até o momento a teoria da ponderação é a melhor recebida nos tribunais brasileiros.

Saliente-se, data vênia às críticas apresentadas, o destaque da ponderação como critério solucionador de conflitos entre direitos fundamentais é apresentar racionalidade à escolha de qual direito deverá prevalecer, sem uma

¹⁷ Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos. Colisão De Direitos Fundamentais, Ponderação e Proporcionalidade na visão de Robert Alexy. Disponível em: <https://periodicos.ufm.br/constituicaoegarantiadedireitos> Acessado em 7 de novembro de 2022.

arbitrariedade.

3. Capítulo Terceiro

Conforme estudamos, o Direito brasileiro não apresenta uma resposta certa e única para a questão, sendo que na perspectiva normativa, o principal e mais específico ato é a Resolução CFM N° 2.232/2019, que vem a estabelecer que a recusa terapêutica manifestada pela gestante deve ser analisada na perspectiva do binômio mãe/feto, e na perspectiva doutrinária, temos o método da ponderação, que diante de um caso concreto vai estabelecer parâmetros para que o operador do Direito tenha diretrizes para a melhor definição.

Nesse sentido, trazemos no presente capítulo situações-exemplo que foram decididas nos tribunais brasileiros como forma de ilustrar a questão.

3.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510 (caso dos embriões *in vitro*)

Na ADI 3.510/DF foi questionada a constitucionalidade em bloco do artigo 5º da Lei n. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança)¹⁸ que autoriza a utilização, para fins de pesquisa e terapia, de células-tronco embrionárias derivadas de embriões fertilizados *in vitro*.

As questões fundamentais enfrentadas na ADI 3.510/DF e enfrentadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal resumem-se em dois tópicos: a) se o embrião fertilizado *in vitro*, não utilizado no procedimento de fertilização, é um ser merecedor de proteção constitucional e, em caso afirmativo, b) se a destruição do embrião, nos casos estabelecidos pela Lei de Biossegurança, seria uma ofensa à proteção da vida humana – uma vez que a extração das células-tronco embrionárias implica a destruição do próprio embrião.

¹⁸ Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança): Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

A ADI 3.150 foi julgada improcedente por maioria dos votos, entendidos os Ministros que os dispositivos da Lei de Biossegurança não atentavam contra a dignidade da pessoa humana e à vida.

É de se notar, que no sopesamento entre os direitos, a proteção da vida de um lado e o avanço da ciência e as necessidades de pesquisa e saúde pública de outro, somente fazem sentido, se, previamente soluciona-se a questão do suposto de fato, ou seja, se o embrião pode ser considerado como um ser humano vivo e, nesse sentido, merecedor de proteção constitucional, ou se, por outro lado, trata-se de um aglomerado de células que, sem a qualidade para que seja considerado um ser humano.

Em suma, o problema central do caso concentra-se na seguinte questão: embriões congelados e excedentes criados a partir de processos de fertilização *in vitro*, quando congelados há mais de três anos ou inviáveis, podem ser utilizados em pesquisas científicas e eventualmente serem destruídos com consentimento? A resposta afirmativa do voto vencedor do Ministro Carlos Ayres Britto segue no sentido de estabelecer quais as condições para que um determinado ente possa ser considerado sujeito à tutela constitucional da vida humana.

Desenvolvendo sua fundamentação pela negativa, o Ministro Carlos Ayres assevera que a Constituição estabelece um suposto de fato para o reconhecimento de uma dignidade intrínseca do ser humano, quer seja a prévia verificação da condição de indivíduo-pessoa. Quando menciona a “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º da CF), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual.

Dessa maneira, atrela a dignidade humana à prévia obtenção do *status jurídico* da personalidade, afirmando, inclusive, que os direitos humanos estariam irremediavelmente condicionados ao nascimento com vida. Dá como certo que o embrião, evidentemente apartado do conjunto daqueles dotados de personalidade, não preenche as condições necessárias para a afirmação da proteção constitucional estabelecida por meio do princípio da dignidade humana, por não possível considerá-lo juridicamente como uma pessoa.

A exclusão do embrião congelado do âmbito de proteção pela negação das propriedades necessárias para subsunção ao suposto de fato da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade do direito à vida em razão da ausência de personalidade jurídica, padece, entretanto, de alguns entraves.

A ausência de tutela constitucional da vida do embrião fertilizado *in vitro* também seria justificada, nos termos do voto prevalecente do Ministro, na inexistência de uma específica previsão constitucional do início temporal da proteção jurídica da vida humana. Atrelando esta proposição ao argumento de que a dignidade decorre da personalidade jurídica, conclui que a tutela da vida humana é informado pela teoria natalista:

“O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque *nativiva* (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa”¹⁹.

Definiu-se – com críticas de parte da doutrina - o critério para proteção da vida, apesar do ordenamento jurídico brasileiro apresentar dispositivos convencionais que dispõem, expressamente, que a proteção da vida humana deveria ter seu início no momento da concepção, como por exemplo o artigo 4º, 1, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (“Pacto de São José da Costa Rica”): “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”, além dos já citados normativos no Capítulo Primeiro deste trabalho – o que como também mencionamos, apresentam uma preocupação sobretudo patrimonial.

Outro argumento destacado no voto do Ministro para afastar o embrião congelado do âmbito de proteção constitucional da vida funda-se na proposição

¹⁹ Acórdão ADI 3.150/STF

de que restando embrião em suspensão criogênica estaria afastada a própria potencialidade de vir a ser humano. Neste sentido:

“O embrião referido na Lei de Biossegurança (*"in vitro"*) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível [...] O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição”.

A estruturação de tal argumento parte do pressuposto de que o embrião difere do ser humano ainda que exista no embrião o potencial para vir a sê-lo. Em analogia, ainda também considerando outro caso relevante do Supremo Tribunal Federal que viria a ser julgado futuramente, e abaixo destacado, o Habeas Corpus 124.306/RJ, poder-se-ia, seguindo tal linha de raciocínio, afirmar que o feto, a depender do seu estágio de desenvolvimento, apesar de precedente necessário para a existência de um ser humano, ainda não o é, mas somente em potência.

Nos termos do voto vencedor, o embrião não poderia ser considerado como ser vivo, pois: (i) estando congelado, o embrião restaria impossibilitado de desenvolver-se; e (ii) a possibilidade de um embrião vir a ser um ser humano, dependeria de uma hipotética obrigação jurídica de gestação dos embriões excedentes, o que, por evidência, constituir-se-ia em uma grave ofensa aos direitos humanos da mulher, especialmente da sua dignidade e de seu direito de planejamento familiar.

Em suma, com a ADI 3.150/DF, o Supremo Tribunal Federal reconhece a viabilidade da vida como condição necessária para a proteção da vida humana nos estágios embrionários; por outro lado, afirma que o início da proteção constitucional da vida somente é verificado quando reconhecida a existência de um embrião humano, não somente viável, mas também e principalmente, localizado *in utero*, condições cumulativamente necessárias para subsunção ao suposto de fato da tutela constitucional.

3.2 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF (feto anencefálico)

Outra decisão paradigmática para a investigação jurídica do direito à vida constitucionalmente protegido é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, Distrito Federal. O referido caso trata-se de um pedido de declaração de inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefálico seria um caso passível de tipificação penal nos termos das normas incriminadoras da conduta de abortamento (artigos 124 a 128 do Código Penal)²⁰.

Observando o prevaecimento do voto do Ministro Relator, Marco Aurélio de Mello, e, conseqüentemente, da respectiva fundamentação, pode-se afirmar que, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a interrupção da gestação ou abortamento do feto anencefálico constitui-se irrelevante penal, uma vez que não estaria presente o bem jurídico penalmente protegido, a vida humana intrauterina.

Ainda segundo o entendimento vencedor, aqui excepcionalmente não há de se falar em tensão entre direitos fundamentais, visto que não existiriam no feto anencefálico as qualidades necessárias para subsunção ao suposto de fato do *direito à vida* ou à dignidade da pessoa humana.

O próprio Ministro Relator sintetiza os argumentos de voto vencedor em três proposições essenciais: (i) atipicidade da antecipação terapêutica do parto, em caso de anencefalia, quanto ao crime de aborto; (ii) vontade do legislador na retirada da anencefalia do rol das excludentes de ilicitude; e (iii) ponderação de valores entre liberdade, dignidade e saúde da mulher e a vida do feto anencefálico.

Um ponto de destaque foi o reconhecimento pelo STF da relativa proteção que se dá ao feto, visto a possibilidade de aborto por gravidez decorrente de estupro. O legislador não deixa, portanto, na visão do STF, de considerar a

²⁰ Nos termos do Código Penal: "Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena - detenção, de um a três anos. Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos. Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte. Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal".

mulher e sua situação, de modo que a proteção está do lado da mãe²¹.

Outro argumento apresentado é construído a partir da tensão entre os hipotéticos direitos do nascituro anencefálico em relação com os direitos da gestante – o que conforme exposto representaria apenas um aparente conflito.

Segundo o voto do Ministro: “Some-se a isso o fato de o meio adequado e necessário para a proteção da vida do feto – a postura interventiva do Estado – ferir, além da liberdade, a integridade física e psicológica da mulher, seja na esfera da saúde (os riscos são maiores na gestação e o abalo psicológico é drástico e inegável), seja na esfera da dignidade humana, pois, se há dúvida sobre a viabilidade de vida para o feto anencéfalo, a imposição da gestação contra a vontade da mulher é tortura física e psicológica em razão de crença (não importa se institucionalizada por meio de lei ou de decisão jurídica, ainda é mera crença), nos exatos termos da Lei dos Crimes de Tortura. E não se trata, neste ponto, de comparar duas leis de mesma hierarquia, mas de usar a definição legal da proteção de um direito humano básico, que é a garantia da integridade individual (é o art. 5º, III, da Constituição que está em jogo: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”). Lembre-se que a pena para o crime de tortura (reclusão de 2 a 8 anos) é o dobro da pena para o crime de aborto (reclusão de 1 a 4 anos para quem provoca o aborto com o consentimento da gestante), o que demonstra que o sistema não permite qualquer aproximação entre as duas ações”²².

Destaca-se, porém, que o STF fez uma distinção entre o feto “saudável” e o feto anencefálico. Sendo o caso de uma situação de tensão entre a colisão de dois direitos fundamentais, quer seja a vida do feto anencefálico e a autonomia da gestante, na eventual solução pela máxima da proporcionalidade, a posição de proteção constitucional do feto anencéfalo deveria ser considerada de peso idêntico ao de um feto perfeitamente saudável. Isso porque, a questão se relaciona entre direitos fundamentais – todavia o STF traz um critério diferenciador prévio.

²¹ Acórdão ADPF 54/STF

²² Acórdão ADPF 54/STF

A argumentação de que o feto anencefálico deve ser considerado como natimorto cerebral e, portanto, excluído da proteção jurídica instituída pela norma penal incriminadora das condutas abortivas é lastreado em dois pontos elementares:

(i) a ausência de cérebro, decorrente na especial má-formação em análise, impede que o feto nessas condições seja considerado juridicamente vivo; e (ii) mesmo que considerado como um nascituro, a completa e absoluta inviabilidade de vida extrauterina implica na negação de valor da existência daquele um feto que não logrará êxito em sobrevir para além do corpo da gestante por um período de tempo significativo.

Partindo para a análise da linha argumentativa que fundamenta a consideração do feto anencefálico como natimorto, é evidente que a consideração do feto como tal, parte necessariamente do conceito de morte encefálica e da aceitação desse conceito como marco a partir do qual a vida humana deixa de existir.

A previsão legal da morte encefálica encontra-se no artigo 3º da Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, e a partir de seu diagnóstico está autorizada a retirada *post mortem* de órgãos e tecidos da pessoa natural.

Essa situação indica que, para o Direito, a proteção recai no espectro de possibilidade de atividades psíquicas que viabilizem que o indivíduo possa minimamente fazer parte do convívio social. Não há interesse em proteger a mera vida orgânica. Até porque, sabe-se: sem o cérebro, o organismo não sobrevive por muito tempo e, ainda que sobrevivesse, não teria característica subjetiva alguma a ser partilhada intersubjetivamente²³.

Do trecho destacado pode-se concluir que a vida juridicamente relevante e, portanto, digna de proteção pelo Direito é somente aquela que satisfaça um critério elementar: pertença àquele ser humano dotado de “atividades psíquicas que viabilizem que o indivíduo possa minimamente ser parte do convívio social”. Para a Excelsa Corte, não há valor naquela vida orgânica sem que esteja ela acompanhada de possibilidade de consciência – o que novamente serve de

²³ Acórdão ADPF 54/STF

critério para o sopesamento de direitos quando considerado de um lado o potencial de vida frente aos direitos reprodutivos e sexuais da mulher.

3.3 O Recurso Extraordinário 1.212.272/AL (recusa da transfusão de sangue)

O caso em questão pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal e apesar de considerar o direito à vida e a liberdade religiosa, tem pertinência ao presente tema deste trabalho porque representa uma hipótese de liberdade de escolha da paciente, além de trazer contornos e debates à proteção do direito à vida quando confrontado com a liberdade.

Neste caso, a recorrente e autora da ação é mulher, maior, plenamente capaz, que em razão de doença cardíaca, foi encaminhada pelo Sistema Único de Saúde para a Santa Casa de Misericórdia de Maceió, para realizar cirurgia de substituição de válvula aórtica. Por ser testemunha de Jeová, a recorrente decidiu realizar seu tratamento de saúde sem o uso de transfusões de sangue alogênico (sangue de terceiros), pretendendo ter resguardado seu direito de autodeterminação com a assunção dos possíveis riscos de um tratamento médico em detrimento de outro. Diante da impossibilidade da Recorrente conceder tal autorização sem prejuízo da sua consciência e da sua dignidade, a administração da Santa Casa de Misericórdia de Maceió cancelou o procedimento cirúrgico.

A recorrente moveu então ação de obrigação de fazer em face dos entes mantenedores do SUS e obter o tratamento de saúde necessário. Em primeira instância o pedido foi julgado improcedente, pois o juiz entendeu que “não existem garantias técnicas de que a cirurgia possa transcorrer, sem riscos para a autora, a partir dos procedimentos médicos por ela pretendidos”. Idem em sede recursal²⁴.

Interposto o recurso extraordinário, pede a recorrente a resposta para o seguinte questionamento: é legítima a recusa à transfusão de sangue no

²⁴ Autos do Recurso Extraordinário 1.212.272/AL

tratamento de saúde por parte de paciente testemunha de Jeová?

A solução da questão relativa à recusa das testemunhas de Jeová às transfusões de sangue por razões religiosas passa pela interpretação constitucional da inviolabilidade do direito à vida. O que a Constituição Federal protege é o direito a uma vida digna, com autonomia e liberdade, não meramente a existência biológica. Na questão posta em análise, caberia tão somente ao indivíduo escolher entre o risco do tratamento que deseja e o risco da transfusão de sangue.

Cabe destacar que as relações entre médicos e pacientes, assim, fundavam-se no paradigma do paternalismo médico, em um modelo de desconsideração da vontade do paciente do processo de tomada das decisões médicas, concebendo-se o paciente não como um sujeito de direitos, mas, sim, objeto de serviços de saúde (Binebojm, 2010).

O princípio da beneficência assegurava que o paciente deveria entregar todas as decisões de seu tratamento ao médico, quem se obrigava a sempre agir no interesse do paciente, depositando-se no médico a sabedoria técnica e moral para tratar a doença da melhor forma possível. O paternalismo médico, portanto, “legitimava a intervenção do profissional por seus próprios critérios, ainda que sem a anuência do paciente ou contra sua vontade expressa” (Barboza, 2004).

Resumidamente, foi após a Segunda Guerra Mundial que se assistiu à superação do paradigma do paternalismo, especialmente com a introdução do Código de Nuremberg que, em 1947, dispôs a obrigatoriedade do consentimento informado como requisito de validade de experiências médicas, diretrizes posteriormente incorporadas pela Declaração de Helsinki. Em sua mais recente atualização, realizada pela Associação Médica Mundial em outubro de 2013, determinam as diretrizes que “é dever dos médicos que estão envolvidos em pesquisa médica proteger a vida, a saúde, dignidade, integridade, direito à autodeterminação, privacidade e confidencialidade”, reforçando-se a autodeterminação enquanto princípio fundante da bioética (Pereira, 2004).

Paulatinamente assistiu-se à substituição do paternalismo médico pela

autonomia do paciente. A ruptura do paradigma médico-paternalista e a emergência da autonomia do paciente não se dá, a toda evidência, de forma abrupta, mas sim a partir da projeção da autonomia do indivíduo nas relações médico-paciente, somados à ampliação do gradual acesso à educação, ao conhecimento e massificação da medicina. Passa-se a considerar o paciente sujeito de uma relação jurídica, de modo que a sua autodeterminação seja fundante para a execução de seu diagnóstico e tratamento. A autodeterminação, entretanto, não deve vir só: deve ser acompanhada de esclarecimento e informação, consagrando o princípio da autodeterminação informativa, considerando o paciente sujeito de direitos e deveres e, em especial, o direito de ser informado claramente acerca dos riscos inerentes à sua escolha (Barrozo, 2010).

Para que o paciente possa optar entre diferentes possíveis tratamentos – ou até optar por nenhum tratamento – caberá ao médico e todos os demais profissionais envolvidos no tratamento informar e esclarecer os procedimentos que serão adotados, possibilidades de sucesso e riscos aos quais estará o paciente submetido – o que saliente-se, está de acordo com as diretrizes da American College of Obstetricians and Gynecologists, e que reiteramos neste trabalho: a autonomia informada do paciente, ou seja, a responsabilidade do profissional de saúde nesse estágio encontraria seu limite no dever de informação ao paciente que, diante de todas as informações completas, tomaria sua decisão devidamente informado.

A autodeterminação informada já encontra eco na legislação infraordinária brasileira, a saber, na Resolução CNS 196/96²⁵ (que consagra o direito à recusa livre, voluntária e esclarecida) do paciente de quaisquer diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo se a recusa atentar contra a saúde pública. Encontra suporte, ainda, na Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde (portaria nº 1820/09), de 13 de agosto de 2009²⁶, instrumento que consagra o direito (e a responsabilidade) de todo cidadão se comprometer a assumir as responsabilidades pela recusa a tratamentos recomendados e pela

²⁵ Disponível em https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/1996/res0196_10_10_1996.html Acessado em 7 de novembro de 2022.

²⁶ Disponível em https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt1820_13_08_2009.html Acessado em 7 de novembro de 2022.

inobservância das instruções das equipes de saúde.

As raras hipóteses de exceção à autodeterminação do paciente são aquelas que dizem respeito à proteção da saúde pública, tais como a ilegítima recusa de vacinação do paciente que põe em risco não só a saúde da pessoa não imunizada mas também às pessoas com as quais ela entra em contato. Ainda no campo das exceções, estão as aplicações de medidas de segurança em sede criminal, ou internações psiquiátricas determinadas judicialmente.

A própria jurisprudência vem paulatinamente reconhecendo o direito à autoteterminação do paciente como manifestação de sua dignidade: “No contexto do confronto entre o postulado da dignidade humana, o direito à vida, à liberdade de consciência e crença, é possível que aquele que professa a religião denominada Testemunha de Jeová não seja judicialmente compelido pelo Estado a realizar transfusão de sangue em tratamento quimioterápico, especialmente quando existem outras técnicas alternativas a serem exauridas para a preservação do sistema imunológico”²⁷.

Ainda, a leitura do art. 15 do Código Civil também não apresenta dever do médico de preservação da vida do paciente a qualquer custo. O dispositivo, como acima tratado, indica a permissão de recusa pelo paciente a qualquer tratamento que lhe expuser a risco, restando dúvida acerca da autorização legal para que o paciente recuse tratamento que coloque sua vida em risco. Ademais tal entendimento é esclarecido por meio do Enunciado 533 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal (“O paciente plenamente capaz poderá deliberar sobre todos os aspectos concernentes a tratamento médico que possa lhe causar risco de vida, seja imediato ou mediato, salvo as situações de emergência ou no curso de procedimentos médicos cirúrgicos que não possam ser interrompidos”).

A Constituição Federal de 1988 institui ampla proteção às confissões religiosas, garantindo-se a inviolabilidade de “liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos” e assegurada “a proteção aos locais de culto e a suas liturgias” (art. 5º, inciso VI), não se

²⁷ TJMG, 1ª Câmara Cível, Ag. 1.0701.07.191519-6/00(1), Rel. Des. Alberto Vilas Boas

cogitando da tributação de impostos para “tempos de qualquer culto” (art. 150, inciso VI, alínea b), da possibilidade de ministrar-se ensino religioso nas escolas públicas de ensino fundamental (art. 210, §1º) e atribuição de efeitos civis ao casamento religioso (art. 226 §2º).

As testemunhas de Jeová creem que a introdução sangue no corpo pela boca ou pelas veias violaria as leis de Deus, contrariando passagens bíblicas. Acreditam, portanto, que “para Deus, o sangue representa a vida e, então, nós [Testemunhas de Jeová] evitamos tomar sangue por qualquer via não só em obediência a Deus, mas também por respeito a ele como Criador da vida (Binenbojm, 2010).

O que se discute neste caso, portanto, é uma outra faceta da liberdade da mulher (e das pessoas): a liberdade religiosa face o direito à vida.

Em novembro de 2020 foi deferida definitivamente a repercussão geral do caso, estando pendente de julgamento pelo STF. Resta ao STF definir se a liberdade receberá, tanto quanto o direito à vida, a proteção do art. 5º da Constituição.

3.4 O Habeas Corpus 124.306/RJ (caso de interrupção da gravidez, decorrente de estupro, em até 3 meses por vontade da mulher)

Em caráter excepcional e pontual, com efeitos apenas para aquele caso concreto decidido, o Supremo Tribunal Federal, em 2016, no âmbito do Habeas Corpus 124.306/RJ, em histórica decisão, sopesou e deu maior valor aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher.

A 2ª Turma do STF entendeu que as leis penais contra o aborto eram inconstitucionais em relação ao caso em questão, e a criminalização da interrupção voluntária da gravidez durante os três primeiros meses era incompatível com a proteção dos direitos fundamentais da mulher.

A decisão representou um importante precedente para os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres no Brasil por ter expressamente se manifestado sobre temas que já eram apontados pela doutrina e que vieram a ser

reconhecidos pelo STF.

O tribunal discutiu que a criminalização do aborto afetou desproporcionalmente as mulheres que vivem na pobreza e que não têm acesso a clínicas de aborto privadas ou públicas. O Ministro Barroso afirmou que, embora a vida potencial do feto seja importante, a criminalização do aborto antes do final dos três primeiros meses de gravidez violou vários direitos fundamentais da mulher garantidos pela Constituição brasileira de 1988 (autonomia pessoal, integridade física e mental, direitos sexuais e reprodutivos e igualdade de gênero). Esta decisão não descriminaliza o aborto em todas as circunstâncias, e não é uma licitação. Isso talvez seja uma flexibilização da lei sobre o aborto no Brasil.

A decisão excluiu do âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.

O processo em questão tinha por objeto o pedido de liberdade feito ao STF para acusados que estavam presos preventivamente em razão dos crimes elencados nos artigos 126 (provocar aborto com consentimento da gestante), e 288 (formação de quadrilha), ambos do Código Penal.

O STF concedeu a ordem de ofício para afastar a prisão preventiva. A decisão apresentou um teor inédito e inesperado quando o Ministro Luís Roberto Barroso, em voto-vista, decidiu pela descriminalização constitucional do aborto até o terceiro mês de gestação (Barroso, 2010).

Usando da ponderação como base e desenvolvendo o argumento, entendeu o Ministro que “a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre da gestação, viola direitos fundamentais da mulher, quais sejam o direito à autonomia, direito à saúde física e psíquica, direitos sexuais e de reprodução e direito de igualdade” (Barroso, 2010).

A questão tratada no Habeas Corpus envolve, portanto, o embate de direitos fundamentais garantidos ao feto (vida) e à mulher.

Enumeram-se as razões que chegaram os Ministros à conclusão.

Em primeiro lugar, houve uma questão processual entendida pelo Ministro porque a ordem de prisão preventiva não indicou elementos concretos para a necessidade da prisão ou mesmo o risco efetivo de reiteração delitiva. Dessa forma, o requisito da lei processual penal não foi preenchido.

Em segundo lugar, para o Ministro, a constitucionalidade da tipificação penal do crime de aborto voluntário nos arts. 124 a 126 do Código Penal foi questionada por não haver proteção de um bem jurídico relevante. Nesse sentido, usando-se da ponderação, ou seja, da análise da (i) *adequação*; (ii) *necessidade*; e (iii) *proporcionalidade em sentido estrito*, entendeu o Ministro que a criminalização não é meio adequado para a suposta proteção da vida.

A criminalização no entender do Ministro viola uma séria de direitos. Primeiramente, a *autonomia* da mulher é violada, autonomia essa que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana (CF/1988, art. 1º, III) (Barroso, 2010).

Em segundo lugar, a criminalização afeta a *integridade física e psíquica* da mulher, que são garantidas por meio do art. 5º, caput e inciso III da CF/88.

O aborto voluntário na forma como previsto no Código Penal, no entender do STF para esse específico caso, viola os *direitos sexuais e reprodutivos* da mulher, uma vez que não garantem a plenitude do direito da mulher de decidir sobre se seu planejamento familiar de forma livre, sem violência. O tratamento penal dado ao tema, no Brasil, pelo Código Penal de 1940, afeta a capacidade de autodeterminação reprodutiva da mulher e prejudica sua saúde reprodutiva, aumentando os índices de mortalidade materna e outras complicações relacionadas à falta de acesso à assistência de saúde adequada (Barroso, 2010).

O Supremo Tribunal Federal também trouxe dados empíricos sobre o aborto como demonstração do argumento de se tratar de questão de saúde pública, o qual concordamos. Em estudo do Guttmacher Institute e da Organização Mundial da Saúde (OMS), demonstra-se que a criminalização não produz impacto relevante sobre o número de abortos²⁸. Ao contrário, enquanto

²⁸ Disponível em: <https://www.guttmacher.org/state-policy/explore/overview-abortion-laws> Acessado em 7 de novembro de 2022.

a taxa anual de abortos em países onde o procedimento pode ser realizado legalmente é de 32 a cada 1 mil mulheres em idade reprodutiva, nos países em que o aborto é criminalizado, a taxa sobe para 40 a cada 1 mil mulheres. E estima-se que 25 milhões de abortos voluntários sem segurança tenham ocorrido por ano no mundo apenas entre 2010 e 2014²⁹ (Barroso, 2010).

Portanto, no entender deste caso para o Supremo Tribunal Federal, a criminalização do aborto não é capaz de evitar a interrupção da gestação e, logo, é medida de duvidosa adequação para a tutela da vida do feto.

O Supremo Tribunal Federal também traz um grande argumento econômico-social ao mencionar expressamente que a criminalização confere uma proteção deficiente aos direitos sexuais e reprodutivos, à autonomia, à integridade psíquica e física, e à saúde da mulher, com reflexos sobre a igualdade de gênero e impacto desproporcional sobre as mulheres mais pobres (Barroso, 2010).

A Ministra Rosa Weber também trouxe uma relevante questão internacional. A Corte Interamericana de Direitos Humanos teve a oportunidade de enfrentar a questão da fronteira entre o direito à autonomia pessoal, saúde sexual, direito ao planejamento familiar e vida privada, direito à integridade pessoal, e não discriminação e o direito à proteção do embrião, no caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, cujo julgamento ocorreu no ano de 2012.

Nesse caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou o Estado da Costa Rica responsável por violar, por meio da proibição absoluta da fertilização *in vitro*, o direito à integridade pessoal, o direito de constituir família, o direito à liberdade pessoal e o direito à vida privada e familiar em relação à autonomia reprodutiva, saúde sexual, direito ao gozo dos benefícios do progresso científico e tecnológico e ao princípio da não discriminação de nove casais diagnosticados com infertilidade³⁰.

Entendemos que essa posição específica do STF sobre como a lei penal impacta desproporcionalmente subgrupos de mulheres que enfrentam barreiras

²⁹ Disponível em <https://www.guttmacher.org/global/abortion/legality-and-safety> Acessado em 7 de novembro de 2022.

³⁰ Disponível em: <https://summa.cejil.org/en/document/zhmzjugvgrxuug3p3rd1v2t9> Acessado em 7 de novembro de 2022

no acesso ao sistema de saúde, como mulheres negras e pardas e meninas adolescentes, é necessário para que eliminar todas as formas de discriminação.

Ainda, a decisão reconheceu a ineficácia do crime do aborto voluntário. O atual impasse no Brasil nos poderes Legislativo e Executivo não somente sobre o aborto, mas essencialmente sobre os direitos reprodutivos e sexuais das mulheres, pode sugerir que o STF será o principal local de resolução dessas disputas.

O STF estabeleceu que a vida pré-natal deve ser protegida de forma consistente com os direitos das mulheres. Esta decisão serve como uma fonte significativa de compreensão do que um meio para que as mulheres exerçam seus direitos como cidadãs nos termos da Constituição Brasileira. Com isso, torna exigível a descriminalização do aborto no Brasil – e ainda que aplicável somente para um caso específico, pode servir de parâmetro para futuros novos casos.

3.5 As decisões referentes à internação de usuárias de drogas gestantes

A título exemplificativo, quando se busca na de dados de casos decididos pelo Judiciário brasileiro, nota-se uma tendência jurisprudencial em se valorar com maior peso a proteção dada a um feto, desconsiderando – e muitas vezes sequer analisando – a vontade da gestante em situações de internação decorrente de saúde mental e/ou vícios em drogas e demais substâncias correlatas. A situação representa uma excepcionalidade, uma vez que sujeita a um regime especial previsto e autorizado em lei, quer seja a Lei 10.216/2011, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental (internação compulsória), quer seja a Lei 11.343/2006, modificada pela Lei 13.840/2019, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas (internação involuntária).

Como por exemplo, em decisão de 11 de fevereiro de 2022 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no Habeas Corpus Cível de número 2294397-04.2021.8.26.0000. No referido processo, trata-se de pedido de

liberdade em favor da gestante, cujo nome será omitido por não interessar ao exemplo. A gestante em questão havia sido internada compulsoriamente pelo Judiciário, a pedido do Ministério Público de São Paulo, por se tratar de gestante dependente química (“a requerida, porém, mostrava-se refratária à internação voluntária, o que justificou o ajuizamento da referida ação, para determinar a internação compulsória em estabelecimento adequado para tratamento de dependência química”).

Tendo em vista a resistência da gestante ao tratamento psiquiátrico ambulatorial, foi-lhe indicada, por equipe multidisciplinar, internação em clínica especializada. A gestante, porém, mostrava-se refratária à internação voluntária, o que justificou o ajuizamento da referida ação, para determinar a sua internação compulsória em estabelecimento adequado para tratamento de dependência química. No caso dos autos, havia laudo médico indicando de maneira pormenorizada o esgotamento das medidas extra-hospitalares e a necessidade da internação da paciente – ainda que contra a sua vontade. Referido pedido de liberdade foi negado pelo tribunal paulista.

Igualmente a esse caso, selecionado em vista da contemporaneidade da decisão, há diversos outros não apenas na jurisprudência paulista, como também nacional.

3.6 Casos clínicos relacionados ao conflito entre autonomia materna e direitos do nascituro

Na Obstetrícia, diferentemente de todas as outras especialidades médicas, duas vidas (ao menos) estão sob os cuidados dos médicos (mãe e, ao menos, um feto). Nas situações em que existe esse conflito entre o desejo materno e a saúde do nascituro, de quem cabe a responsabilidade da decisão, qual deve ser a prioridade quando se contrapõem a autonomia da gestante a o bem-estar do feto? Deve o médico, baseado no princípio bioético da beneficência proteger o nascituro quando os atos da grávida colocam em risco a vida e o futuro daquele ser?

Nesse momento, oportuno ressaltar que não existe hierarquia entre os

princípios da Bioética, todos igualmente importantes. Desses, a autonomia é o único entre eles que não é contemplado no Juramento de Hipócrates, escrito no século V a.C, em um momento em que o paternalismo médico dominava as relações entre médicos e pacientes (Berlinguer, 2004). Desse modo, a Bioética não consegue auxiliar o profissional na sua tomada de decisão.

Conforme já discutido, tampouco o arcabouço legislativo brasileiro fornece ao médico as condições que podem embasar essa difícil decisão, já que existe uma falha legislativa no âmbito da proteção legal e criminal do nascituro. Assim, essas questões ainda não possuem respostas e podem ser motivo de discussões entre todos aqueles que potencialmente podem lidar com esse problema.

Apresentemos casos reais noticiados em nosso país, a fim de exemplificar o conflito acima discutido.

Em 2014, tornou-se motivo de intensa discussão na sociedade brasileira sentença proferida pela juíza Liniane da Silva que, após ter ouvido os argumentos do Ministério Público de Torres – Rio Grande do Sul, determinou que uma grávida de 42 semanas de gestação fosse submetida à cesariana, contra sua vontade. Essa decisão liminar, provocada por Medida de Proteção ajuizada pela Promotoria, determinou a condução coercitiva de uma gestante à maternidade para realização de parto por cesariana; o motivo alegado foi o perigo de morte da mãe e do bebê, atestado por médico obstetra que classificou a situação como de alto perigo. A gestante, após retornar para casa, foi conduzida à força para o hospital sob escolta policial. De acordo com o Promotor de Justiça, o Ministério Público foi procurado pela equipe médica do hospital que relatou o caso e pediu auxílio, manifestando preocupação com a vida do nascituro.

Esse fato estimulou intensas discussões envolvendo diversos campos. No âmbito da medicina, questionou-se os limites da intervenção médica e a responsabilidade da gestante e suas consequências. Muito se discutiu sobre o perigoso precedente da intervenção judicial, uma vez que não foram considerados a liberdade de escolha da mãe e os direitos dos pais.

Em outra situação semelhante relacionada ao relevante confronto da autonomia materna e dos direitos do nascituro, Cabar et al (2013) relatam o caso de uma criança que nasceu infectada pelo HIV porque sua mãe, que sabia que estava infectada por esse vírus, recusou-se a tomar os medicamentos que poderiam reduzir muito o risco de infecção fetal durante o pré-natal e parto. Como proteger esta criança de uma doença letal grave? Como o médico deve proceder? Deve respeitar a liberdade de escolha da mãe e colocar em risco a vida do nascituro? Como o Direito brasileiro se posicionaria nessa situação?

O artigo 131 do código penal tipifica como crime ‘praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio’. Para parte da doutrina penal brasileira, o crime tipificado é delito formal com dolo (intenção) de dano (lesão), ou seja, não precisa do resultado infecção / transmissão para o crime restar consumado. A clara intenção de legislador era proteger o indivíduo (nascido) contra a ação deliberada de outrem em colocar em risco a sua saúde.

Mas essa intenção do legislador poderia ser utilizada, em analogia, para proteção daquele que ainda há de nascer, especialmente quando não há dolo, ou seja, a gestante não negligencia seu tratamento como forma de infectar o seu filho?

Acredito que não; o princípio da intervenção mínima ensina que o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, ou seja, quando esgotados todos os meios possíveis fora do direito ou mesmo em outras áreas, ele assume o protagonismo da proteção dos bens jurídicos. Justamente por isso, para que a ação seja configurada crime, essa deve se enquadrar perfeitamente no tipo descrito pela lei. Assim, não há como usar analogia para resolução dessa questão.

4. Considerações Finais

Independentemente do planejamento (ou não) da gestação, dessa ser desejada ou indesejada, as consequências jurídicas da decisão da gestante em não seguir as recomendações médicas, mesmo que isso possa causar dano ao feto, não estão estabelecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Essa discussão é relevante para o Direito e para a Medicina, na medida em representa um embate de princípios, a pretensa proteção ao feto em contraponto à autonomia da gestante e os direitos reprodutivos e sexuais da mulher, de difícil resolução.

Por meio do princípio da dignidade da pessoa humana e de seus imperativos, é possível afirmar que, pelo menos para o Direito, a pessoa humana deve ser compreendida como ser dotado de especial dimensão axiológica, nunca descartável e sempre insubstituível, que abrange todos os membros da espécie humana, universal e igualmente. Uma natureza tal que se faz comando inescapável de justiça que nunca seja o homem tratado como um meio, mas sempre como um fim em si mesmo.

O direito fundamental à vida nada mais é, portanto, do que a proteção jurídica devida a todo ser humano vivo contra toda e qualquer conduta arbitrária que lhe ponha fim à própria existência vital. Por não haver unanimidade jurídica a respeito do momento de início da vida e pela discussão existente a respeito do nascituro ser, de fato, possuidor de direitos, permanece a pergunta se o direito fundamental à vida se aplicaria aos fetos.

Em razão dos critérios de lugar, o útero materno faz-se como primeira e fundamental circunstância para a determinação da intensidade dispensada à proteção da vida. Estar inserido dentre os limites das paredes uterinas, segundo o atual entendimento da doutrina e da jurisprudência, é condição essencial para que o embrião seja protegido pelo Direito, nos termos traçados pelo Supremo Tribunal Federal. Doutra forma, o embrião fertilizado *in vitro*, enquanto não inserido no útero da mulher, não será reconhecido como nascituro e, em

decorrência disso, não será protegido como ser humano vivo nem mesmo como ser humano em potencial.

Ademais, ter um potencial de vida é outro critério a ser considerado. Por esse prisma, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a interrupção da gestação de feto anencefálico não se constituiria em fato típico da norma incriminadora de abortamento, nos termos do Código Penal; *contrario sensu*, o nascituro portador de condições de sobrevivência após o nascimento poderia ser detentor de direitos.

Por outro lado, essa mesma corte deu maior valor aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, concedendo *Habeas Corpus* para excluir do âmbito de incidência do crime de aborto a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. De acordo com os ministros, a criminalização, nessa hipótese, violaria diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.

Com relação à autonomia da gestante, o ordenamento não apresenta qualquer restrição expressa ao seu exercício, sendo a liberdade um direito constitucionalmente previsto. O Código Civil dá suporte a uma paciente com capacidade de decisão ter o direito de recusar um dado tratamento e, no mesmo sentido, a autonomia é extraída não somente do Código de Ética Médica, como também de diversos atos administrativos no mesmo sentido.

Compreendendo e definindo a problemática da colisão do *direito à vida* e da *autonomia da mulher*, poder-se-ia analisar o fato por meio da teoria da ponderação, incumbindo ao operador do direito a análise do caso concreto dos interesses dispostos e as circunstâncias específicas para uma melhor decisão.

Em caráter de excepcionalidade, verifica-se na jurisprudência brasileira um número expressivo de casos envolvendo intenações involuntárias e compulsórias de gestantes em situações de risco. Tais decisões são emitidas no contexto de um regime especial estabelecido em lei e que autorizam a desconsideração da vontade da mulher ante uma situação de risco.

Reconhece-se também a dificuldade no presente trabalho por haver a incidência do segredo de justiça na temática, o que impede o acesso aos autos

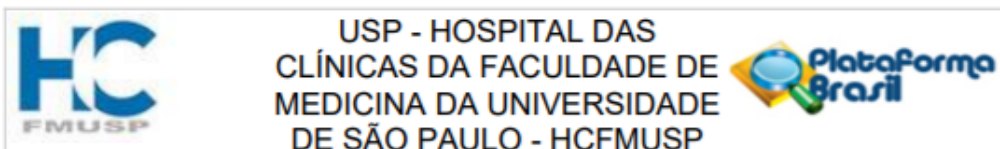
de casos que poderiam exemplificar e trazer maiores contornos à temática³¹.

Por fim, acreditamos que o Direito como posto, seja legislativo, jurisprudencial ou doutrinário, apresenta importante lacuna decisória, não fornecendo ferramentas para a difícil situação desse embate, não sendo claro no estabelecimento das reais implicações jurídicas para a gestante que se recusa a seguir tratamento médico recomendado, colocando em risco a vida do nascituro.

³¹ Como por exemplo, em recente veiculação de notícia na imprensa, foi divulgado que o Ministério Público de São Paulo denunciou pelo crime de aborto uma mulher em situação depressiva e que após tentar suicídio, ocasionou o aborto de seu feto. A situação quando analisada criticamente demonstra que nem mesmo em situação de vulnerabilidade da mulher há um amparo e proteção àquela mulher. <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2022/08/ministerio-publico-denuncia-mulher-por-sofrer-aborto-apos-tentativa-de-suicidio.shtml> e <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2022/08/16/gravida-que-tentou-suicidio-e-alvo-de-denuncia-do-mp-sp-por-ter-sofrido-aborto.ghtml>

5. Anexo

Anexo A – Aprovação no Comitê de Ética



PARECER CONSUBSTANCIADO DO CEP

DADOS DO PROJETO DE PESQUISA

Título da Pesquisa: PROTEÇÃO DO NASCITURO, AUTONOMIA MATERNA E RESPONSABILIDADE MÉDICA

Pesquisador: FABIO ROBERTO CABAR

Área Temática:

Versão: 1

CAAE: 24200119.6.0000.0068

Instituição Proponente: Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da USP

Patrocinador Principal: Financiamento Próprio

DADOS DO PARECER

Número do Parecer: 3.687.242

Apresentação do Projeto:

Trata-se de protocolo com finalidade acadêmica (Mestrado)

Objetivo da Pesquisa:

Segundo os pesquisadores, o objetivo é: "analisar, tomando por base os casos registrados no Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo nos últimos 6 (seis) anos, as situações entre a autonomia e liberdade da mulher gestante e o potencial de vida do nascituro e as consequências das (não-)escolhas da mulher gestante para analisar altas a pedido e evasões de gestantes cuja recomendação fosse a permanência no hospital, e estabelecer um panorama teórico das implicações advindas da publicação da Lei Estadual de São Paulo número 17.137/2019, tomando por finalidade a conclusão da responsabilidade do médico ante o cenário de proteção da vida fetal e de respeito à escolha da mulher gestante."

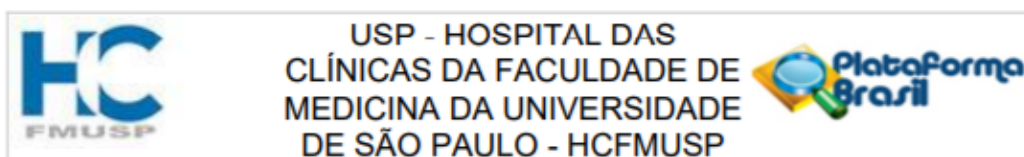
Avaliação dos Riscos e Benefícios:

Sem risco, por incluir pesquisa documental e acesso a prontuários médicos de gestantes do HCFMUSP.

Comentários e Considerações sobre a Pesquisa:

Pesquisa bem delineada e com todos os itens (da justificativa até o cronograma de execução) redigidos de forma clara e consistente.

Endereço: Rua Ovídio Pires de Campos, 225 5º andar
Bairro: Cerqueira Cesar **CEP:** 05.403-010
UF: SP **Município:** SAO PAULO
Telefone: (11)2661-7585 **Fax:** (11)2661-7585 **E-mail:** cappelq.adm@hc.fm.usp.br



Continuação do Parecer: 3.687.242

Considerações sobre os Termos de apresentação obrigatória:

Todos em conformidade. Destaca-se a dispensa do TCLE por se tratar de estudo retrospectivo, em que não envolverá participantes diretos.

Recomendações:

Nenhuma

Conclusões ou Pendências e Lista de Inadequações:

Sem pendências.

Considerações Finais a critério do CEP:

Em conformidade com a Resolução CNS nº 466/12 – cabe ao pesquisador: a) desenvolver o projeto conforme delineado; b) elaborar e apresentar relatórios parciais e final; c) apresentar dados solicitados pelo CEP, a qualquer momento; d) manter em arquivo sob sua guarda, por 5 anos da pesquisa, contendo fichas individuais e todos os demais documentos recomendados pelo CEP; e) encaminhar os resultados para publicação, com os devidos créditos aos pesquisadores associados e ao pessoal técnico participante do projeto; f) justificar perante ao CEP interrupção do projeto ou a não publicação dos resultados.

Este parecer foi elaborado baseado nos documentos abaixo relacionados:

| Tipo Documento | Arquivo | Postagem | Autor | Situação |
|---|---|------------------------|---------------------|----------|
| Informações Básicas do Projeto | PB_INFORMAÇÕES_BÁSICAS_DO_PROJETO_1424718.pdf | 24/10/2019 16:01:29 | | Aceito |
| Folha de Rosto | FR_24_10_19.pdf | 24/10/2019 16:00:42 | FABIO ROBERTO CABAR | Aceito |
| Outros | CAPPESQ_2.pdf | 24/10/2019 11:26:23 | FABIO ROBERTO CABAR | Aceito |
| Outros | APROVA_CEP_DOG_536_19.pdf | 22/10/2019 17:15:47 | FABIO ROBERTO CABAR | Aceito |
| Outros | APROVA_CIAPP_536_19.pdf | 22/10/2019 17:15:22 | FABIO ROBERTO CABAR | Aceito |
| Cronograma | CRONOGRAMA.doc | 22/10/2019 17:15:01 | FABIO ROBERTO CABAR | Aceito |
| Projeto Detalhado / Brochura Investigador | PROJETO_26_09_19.pdf | 22/10/2019 17:14:47 | FABIO ROBERTO CABAR | Aceito |

Situação do Parecer:

Endereço: Rua Ovídio Pires de Campos, 225 5º andar
Bairro: Cerqueira Cesar **CEP:** 05.403-010
UF: SP **Município:** SAO PAULO
Telefone: (11)2661-7585 **Fax:** (11)2661-7585 **E-mail:** cappesq.adm@hc.fm.usp.br

6. Referências

Alexy R. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, 2015.

Alexy R. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. *Ratio Juris*. Vol. 16, n.2, junho de 2003.

Alexy R. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

Amaral F. Direito Civil: introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Barboza HH. A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. 2:7. 2004.

Barchifontaine CP. Bioética e início da vida: alguns desafios. São Paulo: Ideias e Letras, 2004.

Barroso LR. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. *Revista Trimestral de Direito Civil*. ano 11. vol. 42. p. 49 – 91. Rio de Janeiro: Padma, abr. – jun. 2010.

Beauchamp TL, Childress JF. Principles of biomedical ethics. 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2001.

Berlinguer G. Bioethics, Health and Inequality. *Lancet*. 2004;364(9439):1086-91.

Bevilaqua C. Teoria Geral do Direito Civil. Servanda: Campinas, 2007.

Binenbojm G. Parecer 09/2009: Direito de recusa de paciente, que se declara Testemunha de Jeová, quanto ao recebimento de transfusão de sangue. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 65, 2010.

Bittar CAB. Os direitos da personalidade. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

Cabar FR, Pereira EF, Martini D, Vilardi N, Gomes MGM. Transmissão vertical do HIV após negligência materna: respeitar a autonomia da gestante ou proteger a saúde do nascituro? – Relato de Caso. *RBB*. 2013;9:241.

Cabar FR, Zugaib M. Direitos da Mulher no ciclo gravídico-puerperal. In: Zugaib M, Francisco RPV. *Obstetrícia*. 4ª ed. Barueri: Manole, 2019.

Canotilho JJG. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

- Canotilho JGG. Direito Constitucional. 6.ed. Coimbra: Livraria Almedina,1993.
- Chinellato SJA. Comentários à Parte Geral – artigos 1o a 21 do Código Civil. In: Machado ACC (Org.). Chinellato SJA (Coord.). Código Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 5. ed. Barueri: Manole, 2012.
- Committee Opinion No. 664: Refusal of Medically Recommended Treatment During Pregnancy. *Obstet Gynecol.* 2016 Jun;127(6):e175-e182. doi: 10.1097/AOG.0000000000001485. PMID: 27214192.
- Cretella Júnior J. Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 62.
- Farah E. Temas de direito médico. São Paulo: Letras Jurídicas, 2016.
- França RL. Manual de direito civil. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- Freitas VA. Reflexões sobre as sanções penais e ético-disciplinares aplicadas ao médico. São Paulo, 2018.
- Gomes O. Introdução ao direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- Härbele P. Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução e apresentação de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1997
- Joseph R. Human Rights and the Unborn Child. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- Leutério AP. Consentimento informado e a responsabilidade penal médica. São Paulo, 2015.
- Maluf ACRFD. Curso de bioética e biodireito. São Paulo: Atlas, 2010.
- Meiros RMV. Autonomia privada e dignidade humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- Mendes GF, Coelho IM, Branco PGG. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- Minkoff H, Marshall MF, Liaschenko J. The fetus, the "potential child," and the ethical obligations of obstetricians. *Obstet Gynecol.* 2014 May;123(5):1100-1103. doi: 10.1097/AOG.0000000000000225. PMID: 24785863.
- Miranda FCP. Tratado de Direito Privado. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.
- Mohr JC. Abortion in America. Oxford: Oxford University Press, 1978.
- Moreira Alves JC. Direito Romano. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Nojiri S. Neoconstitucionalismo versus democracia: um olhar positista. Curitiba: Juruá, 2012.

Pereira AGD. Consentimento informado na relação médico-paciente. Coimbra: Coimbra Editora, 2004

Pereira AGD. Direitos dos pacientes e responsabilidade médica. Coimbra Editora, 2015.

Pereira CMS. Direito civil: alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

Pereira CMS. Instituições de direito civil, V. 1. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 181.

Pereira CMS. Instituições de direito civil, vol. I. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

Pessini L, Barchipontaine CP. Problemas atuais de bioética. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1994

Pontes de Miranda FC. Tratado de Direito Privado, Tomo I. 1 ed. Campinas: Bookseller, 1999, p. 223.

Salako SE. Informed consent under the European Convention on Biomedicine and the UNESCO Declaration on Bioethics. *Med Law*. 2011 Mar;30(1):101-13. PMID: 21528800.

Silva VA. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais* 798, 2002.

Snead O. Carter. What It Means to Be Human: The Case for the Body in Public Bioethics. Cambridge: Harvard University Press, 2020.

Soares FR. Consentimento do paciente no direito médico: validade, interpretação e responsabilidade. São Paulo: Foco, 2021.

Teixeira de Freitas A. Esboço do Código Civil. Brasília: Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983.

Townsend SF. Ethics for the pediatrician: obstetric conflict: when fetal and maternal interests are at odds. *Pediatr Rev*. 2012 Jan;33(1):33-7. doi: 10.1542/pir.33-1-33. PMID: 22210931.

Tucci RL. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1993.