

POSSIBILIDADE E VIABILIDADE DA RESTRIÇÃO À EFETIVAÇÃO DO DIREITO DA PARTURIENTE SE FAZER ACOMPANHAR NO PERÍODO DE PANDEMIA PELA COVID-19.

Cassiano Garcia Rodrigues¹

RESUMO

O objeto desta singela escrita é questão jurídica levada ao Judiciário neste período de quarentena, consistente na proibição ditada pelas Maternidades de efetivação ao direito à parturiente se fazer acompanhar, o que abre conflito de interesses da Maternidade, em evitar contaminação pelo *covid-19* (direito à saúde pública) e, o da parturiente, de se ver acompanhar durante o parto (dignidade da pessoa humana) e, objeto este, com os olhos voltados à existência ou não dos requisitos para concessão da tutela provisória de urgência, a fim de assegurar ou não o parto acompanhado.

Palavras-Chave: Tutela provisória – direito parturiente ao parto humanizado – dever da maternidade à garantia da saúde pública – interesses em rota de colusão no período de pandemia pelo Covid-19.

ABSTRACT

The object of this simple writing is a legal question taken to the Judiciary in this period of quarantine, consisting of the prohibition dictated by the Maternities of effecting the right for the parturient to be accompanied, which opens up a conflict of interest of the Maternity, in avoiding contamination by the covid-19 (right public health) and that of the parturient, to be accompanied during childbirth (dignity of the human person) and, this object, with the eyes turned to the existence or not of the requirements for the granting of emergency provisional protection, in order to ensure whether or not accompanied birth.

Key words: Provisional guardianship - parturient right to humanized childbirth - duty of motherhood to guarantee public health - interests on a collusion route during the pandemic period by Covid-19.

¹ Especialista em Direito Constitucional pela Universidade para o Desenvolvimento da Região do Pantanal – UNIDERP. Mestre e Doutorando em Processo Civil pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Professor de Processo Civil na Graduação e Pós-Graduação da Universidade Católica Dom Bosco. Professor do INSTED. Professor da Escola Superior da Advocacia – ESA. Membro da Academia de Direito Processual de Mato Grosso do Sul. Assessor de Desembargador no TJMS.

TEXTO

O objeto desta singela escrita é questão jurídica levada ao Judiciário neste período de quarentena, consistente na proibição ditada pelas Maternidades de efetivação ao direito à parturiente se fazer acompanhar, o que abre conflito de interesses da Maternidade, em evitar contaminação pelo *covid-19* (direito à saúde pública) e, o da parturiente, de se ver acompanhar durante o parto (dignidade da pessoa humana) e, objeto este, com os olhos voltados à existência ou não dos requisitos para concessão da tutela provisória de urgência, a fim de assegurar ou não o parto acompanhado.

Pois bem, a norma cogente do procedimento ditada pelo princípio do devido processo legal (art. 5º, LIVº da CF/88), exige para a concessão da tutela provisória de urgência, a presença de ambos requisitos do art. 300 do Código de Processo Civil - CPC, quais sejam:

“A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

Em relação ao **“risco do resultado útil do processo”**, podemos dizer como aquele que, se não conceder hoje não precisará mais ser concedido amanhã, por fazer nascer o tempo como devorador de coisa ou os efeitos daninho do tempo sobre o processo, que tem sua origem na tutela cautelar, a qual tutelava a frutuosidade da pretensão posta na relação jurídica processual.

In caso, a não concessão da tutela provisória à parturiente, não haveria como voltar ao *stato quo ante* quando da futura sentença de procedência, por questão óbvia e notória, vez que o nascimento no mundo físico é ato único e que não pode ser repetido, ou seja, o ato de nascer somente e tão somente tem *efeito ex tunc*, de forma que, o ato do nascimento, somente poderá ser repetido em relação àquele que nasceu, no mundo virtual, desde que documentado no ato de nascimento no mundo físico, o que se mostra como ato relevante para perpetuação da lembrança deste dia no seio familiar.

E mais, a razão de ser dos vários atos normativos²⁻³ que garantem esse se fazer acompanhar durante o parto, não são normas sem razão de ser, pelo contrário, pois se apoiam em dados derivados da ciência médica (Portaria nº 2.418, de 02 de dezembro de 2005 do Ministério da Saúde), mais precisamente, o impacto biológico favorável por trazer segurança à mulher no momento do parto, bem como, aflora o bem estar e concede amparo emocional e psicológico.

Essa razão de ser pode ser vista do voto do Relator do Projeto de Lei nº 2.915-A, de 2004, que culminou na edição da Lei n. 11.108/2005 (que alterou a Lei n. 8.80/90), ao dispor que: *“Entendemos que a medida preconizada pelo Projeto de Lei originário do Senado Federal está em perfeita sintonia com as reivindicações de amplos setores da sociedade que exigem a melhoria da qualidade e a humanização dos serviços de saúde. A busca por ações humanizadoras dentro das instituições de saúde é legítima e, em certo sentido, sua necessidade está sendo reconhecida pelos próprios gestores e profissionais da área. Tanto é assim, que o Ministério da Saúde, pela Portaria/GM nº 569, de 1, de junho de 2000, instituiu o Programa de Humanização no Pré-natal e Nascimento”*.

Inclusive, constam informações que no trabalho de parto, o corpo da mulher produz os mesmos hormônios que são produzidos no momento da relação sexual (ocitocina, endorfina e adrenalina) e, este fato, também é levado em consideração nos atos normativos que asseguram o direito à acompanhante durante o parto.

Esta alteração hormonal da mulher não pode ser descurada, tanto que levou o legislador a levá-la em consideração em afastando o crime de homicídio e a incluindo numa pena menor para o crime de infanticídio, do art. 123⁴ do Código Penal.

² "Os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde - SUS, da rede própria ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de 1 (um) acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato (Lei n. 8080/90, art. 19-J)".

³ "A gestante e a parturiente têm direito a 1 (um) acompanhante de sua preferência durante o período do pré-natal, do trabalho de parto e do pós-parto imediato (Lei 8.069/90, art. 8º, §6º)".

⁴ Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após”.

Fatos axiológicos estes, que norteiam pela manutenção do direito à parturiente de se fazer acompanhar, vez que não é um direito sem razão de ser, pelo contrário, mas sim, potencialmente danoso à mulher se não assegurado, portanto, calcado na "*dignidade da pessoa humana*" (art. 1º, III da Constituição Federal) e com reflexos na preservação da tutela do "*infante como pessoa em desenvolvimento*" (art. 1º da Lei nº 8069/90).

Abrem-se parênteses para registrar que este direito, também e, na mesma intensidade, é de titularidade do pai e, inclusive, com julgado pela indenização por dano moral em caso de recusa injustificada de sua participação no momento do parto de seu filho⁵. Anota-se ainda que, o art. 19-L da Lei nº 11.108/2005 (que alterou a Lei n. 8.80/90) previa a recusa do se fazer acompanhar de responsabilização, contudo, foi vetado, no entanto, a não efetivação do direito não é imune à responsabilidade cível, por aplicação da teoria do ato ilícito do art. 186 do Código Civil.

Portanto, incontestemente de dúvidas, a presença do risco de dano.

Em relação à "**probabilidade do direito**" como o provável sucesso meritório da autora, quando da sentença, também se faz presente para preservar o direito da parturiente de se fazer acompanhar.

In caso, aplicação com todas as letras da norma de julgamento do art. 8º do CPC, ao dispor que:

⁵“(…)1. Cuida-se de ação de reparação por danos morais decorrente da negativa do recorrente de assistir ao parto de sua filha na condição de acompanhante. 2. A Lei nº 11.108/2005, também denominada de Lei do Parto ou Parto Humanizado, alterou a Lei nº 8.080/1990 para “garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS”. Assim, a presença de acompanhante não é mera faculdade que fica a critério do médico ou do hospital, mas sim um direito da parturiente e de seu acompanhante. 3. No caso concreto, não há comprovação da ocorrência de alguma excludente de responsabilidade do réu. A tese de ocorrência de outros procedimentos de urgência não restou provada, tampouco que a equipe não tenha tido tempo de preparar o autor. Ainda, não pode negar um direito reconhecido em lei federal com base em uma suposição de que o acompanhante pode vir a ter mal estar. 4. Caracterizado, pois, o dever de indenizar, pois não se tem dúvida de que houve afronta à dignidade do autor, bem como supressão de um momento único da sua vida, um direito que lhe era assegurado (TJRS. Apelação Cível n. 70074397753 – n. CNJ: 0203890-60.2017.8.21.7000. Quinta Câmara Cível. Relator: Lusmary Fátima Turelli da Silva, julgado em 25/10/2017).

"Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência".

Anotado acima, o risco de dano sem volta da parturiente, diante deste direito posto por dados técnicos da ciência médica, mormente, na produção hormonal da mulher no trabalho de parto, de forma que este "*fim social*" e "*exigência do bem comum*" devem ser levados em consideração pelo julgador, na forma preconizada no art. 8º do CPC.

De outro lado, o mesmo art. 8º do CPC também preconiza a aplicação do "*fim social*" e "*exigência do bem comum*" para a parte adversa à parturiente, vez que estamos vivendo em estado de anormalidade ditada por pandemia pelo *covid-19*, de forma que a cautela das Maternidades é coerente, proporcional e razoável, vez que visa a proteção de pessoas outras (direito à saúde – art. 196 da CF/88), como forma de coibir a proliferação do vírus no ambiente hospitalar, mormente, Maternidade. Portanto, afronta-se um interesse individual para tutelar interesse coletivo.

Desta feita, temos dois interesses legítimos em rota de colisão e, portanto, devem se pesados nos pratos afilados da balança, de forma que se chegue a uma decisão "*justa*" e "*efetiva*" como exige o art. 6º do CPC, bem como, de forma "*proporcional*" e "*razoável*" como exige o art. 8º do CPC e, ainda, levando em conta as "*consequência práticas da decisão judicial*" como exige o art. 20º da LINDB, o que abre a busca de uma decisão entre as possíveis (vez que a questão jurídica não se encontra em sistema de precedentes do art. 926 e art. 927, do CPC), como bem anotado pela doutrina autorizada.⁷⁻⁸

⁶ “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

⁷ “A atividade judicial não se reduz a mera aplicação de direito preexistente, sendo, na verdade, criativa, produtora de direito, como se evidencia mesmo na tão atacada doutrina kelsinana, onde a sentença aparece como uma norma jurídica, diversa daquelas gerais e abstratas em que costuma se basear, e o ato de interpretação e aplicação do direito pelo juiz como integrante da política do direito, ao importar na opção por algum dos valores objetivamente consagrados nas normas positivas (**Willis Santiago Guerra Filho**: Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997, p. 37)”.

⁸ “A necessidade de uma interpretação resulta justamente do fato do sistema das normas deixarem várias possibilidades em aberto, ou seja, não conterem ainda qualquer decisão sobre a questão de saber qual

Levando em conta os interesses em rota de colisão, sabido que a Organização Mundial de Saúde - OMS definiu diretrizes⁹ a serem seguidas pelas autoridades nos países, Estados e Municípios, a fim de controlar o pico de transmissão do vírus e, diretrizes estas, as quais fomentaram a edição da Lei 13.979/2020, que estabeleceu as medidas que poderão ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do corona vírus, objetivando a proteção da coletividade e, em nenhum artigo destas normas se impede o parto acompanhado e, mais, na Nota Técnica nº 6/2020¹⁰, expedida pelo Ministério da Saúde, cujo assunto é a atenção às gestantes no contexto da infecção SARS-COV-2, não há qualquer recomendação para que se impeça o ingresso do acompanhante na sala de parto, pelo contrário.

Então, se os atos normativos que estabelecem as diretrizes de controle do pico de transmissão, não impedem o parto acompanhado, não cabe ao Judiciário impedir, pois é brocardo jurídico que preceitos restritivos de direito portam interpretação restritiva e, se assim não for, estar-se-á em atividade legiferante, o que não é função primordial do Judiciário, com afronta ao princípio da separação de poderes do art. 2º da CF/88 e art. 2º da Constituição Estadual e, por via de consequência, com risco de que voltemos ao passado quando o governo era de homens e, não, de leis¹¹.

Desta feita, o impedimento absoluto de efetivação do direito da parturiente de se fazer acompanhar por parte das Maternidades não é possível, contudo, o impedimento relativo é plenamente viável, ou seja, que seja realizado o parto com a presença do acompanhante indicado pela gestante, contudo, nos exatos termos das diretrizes impostas para se evitar a proliferação do vírus, consistente em permitir o acompanhamento do parto condicionado à

dos interesses em jogo é o de maior valor, mas deixarem antes esta decisão, a determinação da posição relativa dos interesses, a um ato de produção normativa que ainda vai ser posto – a sentença judicial por exemplo (**Hans Kelsen**. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. 2ª ed. São Paulo: Mastins Fontes, 1987, p. 367/368)”.
⁹ <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance>. Acessado em 04/05/2020.

¹⁰ <http://189.28.128.100/dab/docs/portaldab/documentos/notatecnicaneonatal30mar2020COVID-19.pdf>. Acessado em 04/05/2020.

¹¹ "A evolução realizou-se no sentido de sobrepor a vontade coletiva à de um só. A da maioria acha-se resumida no texto; a de um só homem estaria expressa na sentença" (**Carlos Maximiliano**. Hermenêutica e aplicação do direito. Ed. Forense; p. 64).

realização de teste rápido para certificar que este não esteja infectado pelo Covid-19 (pois há possibilidade de ser portador assintomático da doença), e ao fornecimento à agravante de todos os EPIs necessários para o acompanhante utilizar no momento do parto, quais sejam luvas de procedimento e máscara N95.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Então e em concluindo, este meio termo (permitir o parto humanizado com restrições sanitárias) atende ao critério a se chegar a uma decisão justa e efetiva, dentre as várias possíveis do art. 6º do CPC, bem como, aos fins da norma do art. 8º do CPC, de forma a garantir a presença dos requisitos à concessão da tutela provisória de urgência do art. 300 do CPC em favor à parturiente, mas sem descuidar aos interesses tutelados pelas Maternidades (saúde pública das demais parturientes, infantes e equipe médica).

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em 04 de maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2015**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm>. Acesso em 04/05/2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em 04 de maio 2020.

BRASIL. TJRS; **AI 0265863-34.2016.8.09.0000**; Quinta Câmara Cível. Relator: Lusmary Fátima Turelli da Silva, julgado em 25/10/2017.

GUERRA. Filho: **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997.

KELSEN. Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 2ª ed. São Paulo: Mastins Fontes, 1987.

MAXILIANO. Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Ed. Forense