

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

LEI DAS CESÁREAS E A AUTONOMIA DA PARTURIENTE

Gabriel de Oliveira Sant'Ana

Presidente Prudente/SP

2021

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

LEI DAS CESÁREAS E A AUTONOMIA DA PARTURIENTE

Gabriel de Oliveira Sant'Ana

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Prof^a. Gisele Caversan Beltrami Marcato.

Presidente Prudente/SP

2021

LEI DAS CESÁREAS E A AUTONOMIA DA PARTURIENTE

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Prof^a. Gisele Caversan Beltrami Marcato
(Orientadora)

Prof^a. Fernanda de Matos Lima Madrid

Prof^a. Carla Roberta Ferreira Destro

Presidente Prudente, 02 de dezembro de 2021.

“A minha felicidade não é um meio para qualquer fim. Ela é o próprio objetivo. É o seu próprio propósito”.
- Ayn Rand

Dedico este trabalho aos meus pais e irmãos, base de toda a minha vida.

AGRADECIMENTOS

Dedico este trabalho primeiramente aos meus pais, Lucimar e Gilberto, pela educação que me proporcionaram, por meio de todo amor, carinho e cuidado, me possibilitando sempre buscar a minha melhor versão. Eles são a minha maior inspiração e sou eternamente grato em tê-los como base dos meus valores e princípios.

Aos meus irmãos, Verena e João Victor, e a minha tia, Rosymeire, por toda paciência e companheirismo que demonstraram durante esse período.

Agradeço a todo o corpo docente do curso de Direito da Toledo Prudente Centro Universitário. Em especial a minha orientadora, Gisele Caversan Beltrami Marcato, por toda a assistência prestada. Sem você este trabalho não seria possível.

A todos os meus companheiros de estudo, sobretudo aqueles que compartilharam do mesmo momento de redação da monografia, Eduardo Ravazzi, Beatriz Pornadzik e Ana Carolina Cabanillas, e, também, aqueles que estiveram comigo durante os últimos anos, celebrando cada conquista, Érika Delfino, Letícia Colnago e Carolina Rotta.

A todos aqueles que de forma direta ou indireta me auxiliaram e, de alguma forma, me incentivaram, meu muito obrigado.

RESUMO

A medicalização do parto, oriunda da tendência impetrada pela hegemonia médica, tirou das gestantes o protagonismo no trabalho de parto, transformando em sofrimento e dor que antes eram dirigidas pelo próprio grupo familiar ou outros entes de confiança, que nem sempre detinham o conhecimento técnico. Diante disso, o presente trabalho pretendeu analisar o real motivo que leva mulheres, em suma, optarem pela cirurgia cesariana, qual seja, preferem uma intervenção de alto risco, guiadas pelo medo de se submeterem à um sistema regrado pela assistência agressiva que perpetua nos hospitais maternidade do sistema público de saúde. Para tanto, se fez necessário apresentar a Lei 17.137/19 e seu respectivo projeto de lei, que permitiram a realização de cesarianas sem indicação médica no âmbito do Sistema Único de Saúde sob o discurso de que visaria proteger o princípio da autonomia da mulher e combater a violência obstétrica suportada pelas parturientes enquanto são obrigadas a aguardar o trabalho de parto. Deste modo, demonstrou-se os vícios contidos na norma estadual, bem como a falácia propagada em seu texto, vez que não há que se falar em exercício da autonomia da gestante se a escolha é movimentada pelo medo da assistência prestada ao parto normal. Assim sendo, entende-se que a lei, tema da monografia, propõe uma ditadura de cesarianas, e ameaça a administração pública.

Palavras-chave: Autonomia da gestante. Lei 17.137/19. Direitos Humanos. Violência Obstétrica. Parto. Direito de Escolha.

ABSTRACT

The medicalization of childbirth, arising from the trend brought about by medical hegemony, took pregnant women away from the role of labor, transforming it into suffering and pain that were previously managed by the family group or other trusted entities, who did not always have technical knowledge. Therefore, this study aimed to analyze the real reason that lead women to opt for cesarean surgery. Women are preferring a high-risk intervention (cesarean section), guided by the fear of submitting to a system ruled by aggressive care that perpetuates in hospitals and of maternity care in the public health system. Therefore, it was necessary to present Law 17.137/19 and its respective bill, which allowed the performance of cesarean sections without medical indication within the Unified Health System under the discourse that it aimed to protect the principle of women's autonomy and combat obstetric violence endured by patients. The dictatorship of cesaraen sections by the medical providers can threaten the public and a woman's right of automony to decide what is right for her body. In this way, the vices contained in the state norm were demonstrated, as well as the fallacy propagated in its text, since there is no need to talk about the exercise of the pregnant woman's autonomy if the choice is driven by fear of the assistance provided to normal birth.

Keywords: Pregnant women autonomy. Law 17.137/19. Human Rights. Obstetric Violence. Labor. Right to Choose.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 ASPECTOS JURÍDICOS DO ATENDIMENTO HUMANIZADO	12
2.1 Do Direito do Paciente	12
2.2 Da Autonomia da Mulher.....	15
2.3 Vias de Parto.....	18
2.4 Assistência Humanizada.....	21
3 ESCOLHA DA VIA DE PARTO	23
3.1 Autonomia Dependente e Tomada de Decisão Compartilhada (TDC).....	23
3.2 Resolução Normativa nº 368/2018 da ANS	28
3.3 Incidências das Cesáreas Eletivas: Elementos Caracterizadores da Violência Obstétrica.....	31
4 ANÁLISE LEGAL E JURISPRUDENCIAL DA LEI Nº17.137/19	36
4.1 Análise Legal.....	36
4.2 Da Inconstitucionalidade da Lei de Cesáreas	42
4.3 Do Recurso Extraordinário	48
5 CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

Promulgada pela Assembleia Legislativa de São Paulo em 23 de agosto de 2019, a Lei nº17.137 propusera a possibilidade de a parturiente optar pela cirurgia cesariana, desde que completadas 39 semanas de gestação, além de garantir analgesia farmacológica e não farmacológica para as mulheres atendidas pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

A norma estadual de autoria da deputada Janaina Paschoal (PSL) restou aprovada com base nas justificativas de que se pretendia atender o princípio da autonomia da gestante; bem como proteger mulheres pobres que passavam longas horas no aguardo do parto normal; garantir a isonomia entre as gestantes do âmbito particular e público, e, ainda, diminuir os índices de mortalidade do binômio mulher-bebê na rede pública de saúde.

O projeto de lei apresentado, PL nº435/2019, foi amplamente contestado por órgãos especializados e movimentos de mulheres por trazer razões de propositura escassas de evidência científica, pela forma como transitou, em regime de urgência, e também por tratar o parto normal como um desenvolvimento patológico e aterrador.

É de suma importância registrar que o propulsor do presente tema não foi tão somente apresentar as vantagens do parto vaginal ou cesariano, mas também demonstrar os caminhos que levaram o Brasil por anos consecutivos ocupar o ranking mundial de práticas cesarianas. Cumpre salientar, que esta posição alcançada pelo país advém, em suma, das práticas indevidas e dos procedimentos realizados sem indicações.

Ainda, a presente monografia teve por objetivo analisar a deliberação da gestante pela via de parto fundada no temor da assistência agressiva prestada nos partos naturais em ambiente hospitalar, bem como a inconsistência da referida lei frente aos recursos públicos e às contraindicações médicas.

Deste modo, procedeu-se com uma pesquisa utilizando-se o método dedutivo, no qual, partiu da análise geral de elementos definidores e aspectos legais acerca da autonomia da mulher frente a decisões relativas ao parto, em contraposição com a conduta médica, para a partir da dedução se

chegar a conclusões sobre a ocorrência ou não de violações a direitos fundamentais. Para tanto, o procedimento adotado foi a análise de doutrina, legislação e eventual jurisprudência relacionada a temática.

Neste trabalho, discutiu-se a luta pela autonomia da mulher frente ao poder médico, que traveste as diversas manobras e técnicas proibidas de mero manejo para conduzir a vida.

A pesquisa utilizou o método dedutivo, no qual, partiu da análise geral de elementos definidores e aspectos legais acerca da autonomia da mulher frente a decisões relativas ao parto, em contraposição com a conduta médica, para a partir da dedução se chegar a conclusões sobre a ocorrência ou não de violações a direitos fundamentais. Para tanto, o procedimento adotado foi a análise de doutrina, legislação e eventual jurisprudência relacionada a temática.

Primeiramente, foi explanado sobre os direitos dos pacientes e, em seguida tratou-se do exercício da autonomia da mulher enquanto gestante, ventilando sobre a violência institucionalizada nos hospitais maternidade, consequência do padrão de assistência perpetuado pela hegemonia médica.

Ademais, abordou-se as diferentes vias de parto, expondo as evidências científicas e a orientação dos órgãos máximos de saúde frente as diferentes vias de nascer, bem como, o presente trabalho, preocupou-se em versar sobre a humanização do parto, assistência esta que visa mudar a experiência dos partos, dando a mulher ampla liberdade para comandar toda sua natureza, não se sujeitando aos poderes institucionais da medicina.

No terceiro capítulo, foi apresentada a tomada de decisão apoiada, pautada no dever de informação por parte dos profissionais de saúde e no encorajamento da participação do paciente na decisão do plano de seu tratamento. Além disso, coube identificar as diversas formas de violências que podem induzir as mulheres a optarem por se submeterem à cirurgia cesariana, elemento este que alavanca o número de cesáreas eletivas no país.

Por fim, no último capítulo, apresentou-se a lei objeto do tema, Lei 17.137/19 (Lei da Cesariana), discutindo-se os vícios materiais e o trâmite do projeto de lei até sua aprovação em Assembleia. Além disso, foram analisados a Ação de Controle de Constitucionalidade da lei estadual, bem como os respectivos acórdãos dos recursos que guerrearam a inconstitucionalidade.

Isto posto, o presente trabalho, visou apresentar, brevemente as discussões que permearam a Lei das Cesárias, bem como, proporcionar maior entendimento sobre os motivos que levaram à lei movimentar corpos acadêmicos e importantes entidades contra sua propositura e eventual sanção.

2 ASPECTOS JURÍDICOS DO ATENDIMENTO HUMANIZADO

Neste capítulo tratar-se-á do direito do paciente frente ao diploma civil nacional, em consonância com os Direitos Humanos, bem como o reflexo destes na autonomia da mulher enquanto gestante. Ainda, serão abordadas as diferentes vias de parto bem como o processo e a tendência humanizadora da assistência ao nascimento.

2.1 Do Direito do Paciente

A gestante ao perder o posto de protagonista no momento em que da luz à um ente tão importante da família, passa a ser considerada paciente no ambiente hospitalar. Por este motivo, a partir deste tópico tratar-se-á das gestantes como pacientes, com o fito de apresentar os direitos humanos dos pacientes intrínsecos à pessoa, considerando-a como única, sem distinção de credo, cor ou cultura, como trazidos no Direito Internacional Público.

Ademais, cabe salientar que os Direitos Humanos dos Pacientes se entrelaça ao Direito Internacional dos Direitos Humanos quando os dois, sendo aquele um ramo específico, elencam o princípio da dignidade humana, princípio esse que dá forças à tantas outras garantias.

Segundo Jorge Miranda, o Direito Internacional Público contemporâneo é fruto de tendências que podem ser chamadas de *evolutivas*, sendo agrupadas em momentos distintos: a universalização; regionalização; institucionalização; funcionalização; humanização; objetivação; codificação; e jurisdição (MIRANDA, Jorge. 2000, p.23-26).

Em que pese o Direito Internacional seja um ramo que trate de relações externas entre Estados, a funcionalização abre espaço para este ramo do direito aventurar-se em de matérias relativas ao Direito Interno, parafraseando o que expressa o Professor Jorge Miranda (2000, p.23-26):

A funcionalização refere-se ao fato de que o Direito Internacional cada vez mais extrapola o plano estritamente internacional para prestar-se igualmente a tratar das relações jurídicas internas, isto é, “assume

tarefas de regulamentação e de solução de problemas, como a saúde, o trabalho, o ambiente etc.

No espaço internacional, criou-se nos Estados Unidos o Comitê Médico dos Direitos Humanos regulamentando a participação mais efetiva do paciente frente a assistência médica. Ainda, postulou-se dispositivos a serem seguidos que já eram colocados em práticas, como também eram assegurados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo 25:

Artigo 25

I - Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

II - A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social.

No Brasil, foram previstos os Direitos Humanos do Paciente em 1988, quando instituído, no Código de Ética Médica. Porém, cabe lembrar que este código foi elaborado sob o viés médico, sem referência aos direitos humanos, tendo como fundamento a inserção do princípio da autonomia na prática clínica, como versa a professora Aline Albuquerque.

É certo que uma das garantias mais fundamentais dos pacientes é o direito de saber a verdade, bem como a ser orientado de forma esclarecedora frente às probabilidades de êxito e também, frente às escolhas a serem tomadas junto do seu médico, praticando assim, sua autonomia.

O direito à informação, expresso no artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, dispõe que ninguém será inquietado pelas suas dúvidas, opiniões e também não será privado de buscar informações e ideias em qualquer dos meios.

Ademais, muitos profissionais ainda se colocam resistentes à transparência nas relações pautando-se num respeito à dignidade prévio e considerando que só em ocasiões específicas teria autonomia o enfermo para aclarar suas decisões, vez que, para essa parcela de profissionais, a verdade poderia trazer-lhes danos mais gravosos frente aos problemas técnicos.

No âmbito obstétrico e ginecológico, regar o saber do paciente com verdades e informações não é comparado à um relato frio apenas, mas sim ao combate à violência obstétrica. Durante todo o acompanhamento pré-natal, o profissional da saúde pode transitar pelos desconfortos, dúvidas e necessidades da gestante e pode guiar o discurso por caminhos claros sem violar a autonomia da mesma, com o fito de desmistificar todo pavor trazido de relatos anteriores e por fim traçar o melhor para saúde da mulher e do bebê.

É evidente que a gestante tem sua autonomia limitada e muito de seus passos regrados pela sociedade que encara o evento natural da gestação como um quadro de saúde debilitado, estabelecendo condutas e imposições. A partir deste momento, caracteriza-se a vulnerabilidade da paciente, que chega aos centros médicos com alterações fisiológicas, emocionais, anatômicas, que estremecem suas condições psicológicas para tratar de assuntos que dependem da sua condição biológica e atrapalham a parturiente a exercer sua autonomia como mulher.

Antônio Pereira Filho (2017, p. 9.) afirma que:

(...) a vulnerabilidade jamais deve ser motivo para não praticar a beneficência, ou seja, para deixar de agir. Por mais incômoda que seja para o médico a vulnerabilidade de seu paciente ela não pode ensejar a negligência e sim estimular a diligência, aumentar o cuidado, da mesma forma como quando se tem na mão uma caixa com carimbo 'frágil'.

Em especial, a mulher tem direito à vida e direito à segurança previstos em legislação internacional, que competem a tratar das obrigações estatais para com as pacientes, fornecendo promoção a vida, direito à atendimento emergencial, prestação de serviço com qualidade, redução dos riscos de dano desnecessários, atendimento seguro, atendimento sem tortura ou emprego de meio degradante, e outros.

Prega o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (BRASIL, 1992) em seu artigo 12 que todo indivíduo deve gozar do mais elevado estado de saúde física e mental, e ter acesso para garantir tal estado, e neste trabalho, garantir esse nível de sanidade traz à mulher a

participação desejada e retoma seu protagonismo para parir com as condições desejáveis e exercer sua autodeterminação.

2.1 Da Autonomia da Mulher

Uma breve transgressão ao Código Civil de 1916 é capaz de demonstrar com excelência quão abusivo fora os preceitos que delimitavam a mulher dentro dos lares verde-amarelos, bem como esclarece quão jovem é a presença feminina figurando direitos nos dispositivos do Código Civil, bem como no ordenamento jurídico.

Na vigência do referido Código, mulheres eram nada mais que entes da família, muito se assemelhavam a propriedades, cabendo a elas, até mesmo, registro, visto que somente era permitido a troca de sobrenome da mulher, pelo do marido/proprietário, ao celebrar o matrimônio.

Sempre que uma voz feminina ousasse a questionar o sistema, apontar-lhe como bruxa solucionava o problema e colocava a salvo a supremacia machista que se incomodava pelos pensamentos oriundos de fontes femininas. No entanto, em que pese, hoje em dia, taxa-las de bruxa já não é o suficiente para calá-las, a sociedade ainda dissemina formas de poderes para que continuem controlando a massa feminina e o mercado a sua volta.

No entanto, hoje, fundado no direito à autodeterminação, oriundo do princípio da autonomia, cada um em sua particularidade pode decidir o que deve ser feito com seu corpo e diante disso ter sua escolha respeitada, mesmo que possa lhe causar danos, pois em faculdades normais, sabe o indivíduo o que lhe é mais formidável. Importante ressaltar, que tais escolhas dependem de fatores externos e culturais, toda tomada de decisão é influenciada e deve ser guiada com suporte na orientação e no conhecimento das opções mais seguras e dos riscos a serem suportados.

Porém, a mulher tem seus direitos violados de forma implícita e velada em todos os órgãos regulamentados pelo sistema, não seria diferente nos órgãos responsáveis por zelar pela saúde da população. A violação no âmbito da saúde tange à uma violência institucional e de gênero, que trata de dilacerar

os direitos humanos, sexuais e reprodutivo das mulheres, com base na cultura médica hegemônica.

Neste diapasão, expressa a Professora Simone Grilo Diniz (Ciência & Saúde Coletiva, vol. 10, nº 3, 2005, p. 627-637):

(...)a técnica é política, e inscritos nos procedimentos de rotina - na imobilização, na indução das dores do parto e cortes desnecessários, na solidão, no desamparo - estão 'encamadas' as relações sociais de desigualdade: de gênero, de classe, de raça, entre outras.

Michel Foucault ao analisar o poder a partir do seu nível molecular, faz sua análise com base nas instituições e elenca os hospitais como um dos que compõe a rede de poderes capaz de disseminar e adestrar a população, formando o que o nobre autor chama de "indivíduos máquina". Neste sentido, Foucault intitula "biopoder" como a ferramenta para persuadir e controlar a massa através da rede de "micro-poderes", de forma sutil. Torna-se os hospitais, segundo o entendimento foucaultiano, umas das principais instituições disciplinares de onde o biopoder se emana (FOUCAULT, 1999b, 291). Veja:

(...) uma medicina que vai ter, agora, a função maior de higiene pública, com organismos de coordenação dos tratamentos médicos, de centralização da informação, de normalização do saber, (...) de campanha de aprendizado da higiene e da medicalização da população. (FOUCAULT, 1999b, p. 291).

Em se tratar de autonomia da parturiente, ainda que o Código de Ética Médica e nosso ordenamento assegure através de tratados internacionais o poder de deliberação da mulher ao que tange ao seu corpo e o seu consentimento à determinados procedimentos terapêuticos, o próprio Sistema de saúde adota em seu cotidiano condutas que vão de encontro ao que recomenda, instituindo comandos, ditando comportamentos e fazendo com que o discurso biomédico seja veiculado através dos corpos.

O fato dos profissionais e entidades serem resistentes a falar sobre violência obstétrica – tema que será melhor explanado em tópicos seguintes – e insistirem a dar outros nomes à relação médico-paciente autoritária que se emprega, distancia a solução imediata da mazela que atinge até mesmo

hospitais-escolas, que direta ou indiretamente, acabam perpetuando protocolos com procedimentos abusivos.

A relação enrijecida entre médicos e pacientes fica evidente quando estudos como o “Processo de decisão pelo tipo de parto no Brasil: da preferência inicial das mulheres à via de parto final.” (Domingues, RMSM et al., 2014) demonstram que a informação direcionadas às mulheres durante o acompanhamento gestacional sobre os tipos de partos, riscos e benefícios, são de baixa proporção conforme relatos colhidos pela pesquisa.

Ainda, nas palavras do mesmo trabalho (2014, S112):

(...) evidenciando a pouca importância da informação para o processo de decisão das mulheres brasileiras, diferentemente de estudos internacionais que mostram a informação como fator de grande relevância para a participação das gestantes nos processos decisórios e na satisfação com o parto.

Ao se exercer a boa orientação e prestar esclarecimentos ao paciente, este pode fazer sua escolha esclarecida e arcar com a responsabilidade inerente ao que optou, sem que se precise transferir a responsabilidade por possíveis complicações adversas ao esperado, assim como expõe o artigo 5º da Convenção sobre os Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina:

Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido. Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos. A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente seu consentimento

O trabalho explicita que se trata com pouca importância a informação prestada à mulher para que esta possa de fato, exercer sua autonomia nos processos decisórios. A classe médica apoia a decisão da mulher quando é atendido os interesses do profissional, ou seja, quando não é ferida a autonomia médica e quando a mulher acaba por optar pelo modelo biomédico.

Cabe ressaltar que ao instaurarem a boa prática, e perpetuarem essas condutas por novos médicos, estes profissionais instauram um dispositivo

de verdade que passa por cima de qualquer ciência, recomendação dos órgãos de saúde. Além disso, aqueles profissionais que optam por seguir caminhos diversos são hostilizados por se distanciarem de uma hierarquia interprofissional estabelecida pela consciência médica. Neste entendimento, explicita Palharini:

(...) os preceitos da cultura médica hegemônica, perpetuada por meio de suas práticas e da garantia de sua continuidade pela formação dos futuros médicos, funcionam como um dispositivo de verdade que ultrapassa evidências científicas, normas e recomendações de órgãos da saúde (PALHARINI, 2017, p. 25).

A cultura hegemônica de que tratamos, ao tornar as informações tão nebulosas, confunde o protagonismo do parto, transferindo toda a importância ao médico e terceirizando o trabalho da mulher. Postura essa que contribui não só para o enfraquecimento da autodeterminação da gestante, como também aumenta o número de eletivas no nosso panorama.

A gestante, por não ter as informações claras e nem conhecimento técnico, abdica toda sua autonomia que reivindica e dá liberdade ao médico para usar do seu corpo e fazer acontecer o processo natural do parto.

Cabe salientar, que a autonomia da mulher é falsamente tratada durante todo período de gestação e no estado puerpério, visto que é sabido que muitos procedimentos realizados pelo médico, embora, em suma, sejam sem necessidade, não partem de sua anuência, como por exemplo, a episiotomia e episiorrafias, ferindo seus corpos, sua consciência e seu poder de autodeterminação.

2.3 Vias de Parto

O evento natural do parto, bem como o nascimento do bebê são momentos transformadores na vida da mulher, porém como já explorado no tópico anterior, embora seja uma condição fisiológica da mulher, a medicina se encarrega de tirar de cena a protagonista para tratar o parto de forma patológica.

Desenvolvida pela Fiocruz – Fundação Oswaldo Cruz em 2011-2012, por todo território nacional, nos diversos prédios de saúde públicos e

privados, a pesquisa “Nascer no Brasil: Inquérito Nacional sobre Parto e Nascimento”¹, teve como um dos seus objetivos conhecer as determinantes que influenciam na deliberação quanto à escolha por uma ou outra via de parto.

O resultado da pesquisa é bastante esclarecedor e, também, alarmante, haja vista que 52% dos partos foram via cesariana, sendo 46% a taxa desta mesma via no sistema público e 86% no setor privado, em que pese a Organização Mundial de Saúde considere como aceitável o percentual de 15% no total de partos. No entanto, o que muito causa estranhamento é a baixa porcentagem de mulheres que no começo da gestação optavam pelo parto cirúrgico – 27%, contrastando com os altos índices no final da gestação.

Ainda nesta mesma pesquisa, mostra-se a igualdade de taxa de mulheres que escolheram o modo como dariam à luz e da porcentagem de mulheres que não tinha opinião quanto a via de parto, porém majoritariamente realizaram parto cesáreo – 30%, estatísticas que traduzem a falta de acolhimento ao parto vaginal e o total acolhimento das cesarianas.

O parto natural, vaginal, caracterizado pela forma espontânea e pelo respeito ao ciclo da gestação, recomendando pela OMS, carrega, ainda, muitos paradigmas e cicatrizes da violência obstétrica. No entanto, inúmeras vantagens são comprovadas para o binômio mãe-bebê.

Para a mãe, o parto natural oferece uma rápida recuperação, visto que pode ser realizado sem fármaco, e menos dolorosa, além de alimentar o vínculo materno com o bebê, promovendo maior sucesso ao amamentar, bem como inúmeros benefícios psicológicos e neurológicos ao neonato. Durante essa via de parto, a mãe produz o hormônio ocitocina, capaz de proteger o bebê de danos cerebrais e auxilia o amadurecimento do cérebro.

No que tange ao parto cirúrgico, ou seja, cesariano, trata-se de uma intervenção cirúrgica que quando devidamente indicada diminui o sofrimento fetal que poderia ocorrer no parto normal. No entanto, sabe-se que se realizada sem prescrição, como corriqueiramente acontece, pode aumentar os riscos de vida do bebê e da mãe.

¹ Disponível em: <http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/informe/site/arquivos/anexos/nascerweb.pdf> Acesso em: 05/06/2021

A cesariana é uma cirurgia de grande porte e não pode ser banalizada ao ponto de ser conhecida unicamente como uma via de parto, é de suma importância que se entenda que o parto cirúrgico deve advir de complicações ou, então, como modo de coibir problemas pautados e diagnosticados durante todo acompanhamento pré-natal.

Entre as principais causas para indicação de uma cesariana podem ser listados: sofrimento fetal intra-uterino; complicações hipertensivas de gravidez; gravidez gemelar ou tripla; não progressão do trabalho de parto, entre outros. No entanto, sabe-se que no Brasil, que a percentagem de cesarianas tem crescido progressivamente, causando grande preocupação, haja vista que já lideramos o ranking de cesarianas à nível mundial.

No entanto, estudos apontam que tal intervenção cirúrgica é campeã em gerar complicações maternas, visto que há considerável aumento no risco de hemorragias e possível retirada de útero, bem como as chances de mãe e bebê necessitarem internação em Unidades de Terapia Intensiva –UTI– que elevam o risco de morte materno-fetal.

A opção das gestantes pelo parto cirúrgico esconde diversos outros aspectos que são instituídos pela hegemonia médica. Grande parcela da obstetrícia por não ter familiaridade com o parto natural, ao associar isso à grande comodidade trazida pelas cesarianas eletivas, induzem mulheres a optarem no final da gestação pela intervenção cirúrgica, visto que poupa tempo dos profissionais, ainda que interrompa o ciclo natural da gestação.

A sociedade médica ainda age como se a mulher tivesse perdido sua capacidade reprodutiva e tenta instaurar correções à fisiologia humana por meio das inovações biotecnológicas, desmembrando mais uma forma imperiosa de poder, na qual o médico, detentor da técnica e das “melhores” abordagens, submete a mulher às vontades médicas que estão travestidas de “boa prática”.

Ambos tipos de partos referidos, contam com a atuação de diversos profissionais da saúde e diversas condutas que embora não sejam mais aceitas pelas diretrizes de assistência, continuam sendo usadas e propagadas pelas escolas médicas, como inibir a gestante de se alimentar ou se hidratar durante o parto, não possibilitar o primeiro contato entre a mãe e o bebê, não admitirem a presença de acompanhante, impor manobras e posições para direcionar o

trabalho de parto, bem como o uso de dilacerações habituais que seriam realizadas em casos extremos, figurando os mais diversos casos de abuso e violência obstétrica.

2.4 Assistência Humanizada

No Brasil, na década de 70, começa-se a tomar forma movimentos para assistência humanizada dos partos, inspirados em práticas indígenas e de parteiras, propondo mudanças nas conduções das vias de parto.

Em 1933, nasce Rehuna – Rede pela Humanização do Parto e do Nascimento, por meio da Carta de Campinas, a qual denuncia diversas circunstâncias tidas como constrangedoras e violentas por parte das assistências até então prestadas, considerando muitas destas desnecessárias, bem como indutoras de dor, sofrimento e retardo nos mecanismos que preparam o nascimento do bebê.

A rede formada ganhou força, majoritariamente formada por profissionais da saúde do sexo feminino, não só para coibir práticas, mas também para buscar por justiça. A reunião de diversos grupos e organizações, como Parto Natural, Amigas de Parto, Parto Nosso, gerando diversas perspectivas, otimizou a preparação de hospitais e profissionais para auxiliarem mulheres num dos momentos mais importantes de suas vidas, e de vidas futuras.

Na Ação Civil Pública de nº 0017488-30.2010.4.03.6100, que o Ministério Público Federal moveu contra o Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, o juiz responsável pelo caso expressa:

Aliás, não constitui exagero deste Juízo observar, nos dias de hoje, um tratamento veterinário dispensado aos animais, mais adequado que o obstétrico dedicado às mães, não só em relação as consultas pré-natais e ao parto, mas que se estende à amamentação, na medida em que, filhotes de animais não podem ser comercializados ou doados sem que haja o seu desmame, com isto garantindo-se a estes filhotes um período mínimo de contato com a fêmea.

As amargas palavras do douto juízo servem para impactar a dura realidade na qual, ainda, são prestadas assistências pelos profissionais da

saúde capazes de traumatizar mulheres e liderar os motivos pelo qual gestantes ainda, mesmo que de início, optem por parto cesarianos.

Por este motivo, o entendimento oferecido pela prática da humanização é mudar a experiência do momento do parto para uma experiência mais digna e, para os profissionais que assistem, mudar as condutas e comportamentos ainda adotados, diante da mulher que suporta o sofrimento de uma assistência agressiva e, conseqüentemente, danosa.

Essas dores e medos vivenciados pelas mulheres, são encargos do modelo hospitalar instaurado, no qual as mulheres muitas vezes davam a luz amarradas, em posições constrangedoras, tendo o funcionamento do seu útero reduzido ou acelerado, incluindo muitas vezes a abertura em sentido contrário, de modo cirúrgico, ao da musculatura do tecido erétil da vulva e vagina (episiotomia), bem como a retirada dos bebês com fórceps.

A humanização do parto, ou parto sem dor, visa, também, reduzir os altos índices de cesarianas no país. A partir de 1990, o Ministério Público começou a usar a expressão “humanização do parto” e a implementar políticas públicas com apoio de organizações não governamentais, para que passassem a ser promovidos o protagonismo da mulher e do bebê, e não á um estado patológico, no qual a mulher seria vítima da sua própria natureza.

Nestes partos assistidos, a mulher comanda toda sua natureza e dá anuências sobre cada movimentação dos profissionais, confere a si mesma toda sua autonomia como mulher e como mãe. Visa-se o mínimo de intervenções, porém mantem-se a prudência de averiguar os sinais do corpo e a preservação pela vida.

Além do exposto, falar em humanização do parto, por mais estratégico e pouco categórico que seja, é abrir um caminho para diálogo com profissionais que não admitem que intervenções indesejadas e procedimentos sem embasamento ensejam violações aos corpos femininos e à integridade da mulher, e corrobora para que mais mulheres tenham conhecimento e não se sujeitem aos poderes institucionais da medicina.

3 DA ESCOLHA DA VIA DE PARTO

Nesse capítulo, será abordada a autonomia da paciente em contraponto com o instituto do direito civil denominado de “tomada de decisão apoiada”. Quanto ao aspecto regulatório, será analisada a Resolução Normativa n. 368/2015 da ANS e, por fim, serão identificadas as incidências das cesáreas eletivas e os possíveis elementos caracterizadores da violência obstétrica.

3.1 Autonomia Dependente e Tomada de Decisão Compartilhada (TDC)

O ordenamento brasileiro elenca a dignidade da pessoa humana como um princípio com previsão constitucional, além de que, dispõe como um fundamento do Estado Democrático de Direito. Deste modo, depreende-se que o respeito à pessoa e toda sua integridade seria, também, uma garantia da efetividade ao poder estatal.

Tal princípio, reconhecido como indispensável, deve ter seu exercício encorajado. Para tanto, deve-se respeitar a singularidade e individualidade de cada ser humano, sem distinção em razão de crença, raça, cor ou sexo.

Garante-se também aos homens a capacidade de viver de forma livre e autônoma, enriquecendo, assim, um dos aspectos da dignidade humana. Nesta linha de raciocínio se posiciona Fleiner (2003, s.p):

Esta liberdade interior de poder reconhecer segundo sua própria razão qual é a decisão correta e a possibilidade de decidir de acordo com seu próprio julgamento somente estão presentes – pelo menos em tal amplitude – no homem. Quando essa liberdade é invadida por outrem, o homem tem sua dignidade violada. A dignidade humana pressupõe o respeito do âmbito da liberdade que as pessoas necessitam para formar suas opiniões e, de acordo com estas determinar suas ações. Ademais, é mister dar ao homem a possibilidade de desenvolver-se segundo seus projetos de vida. Qualquer medida coercitiva que prejudique essencialmente a sua liberdade de decisão se constitui num ataque contra a dignidade humana. A liberdade de decisão (autodeterminação) faz parte do núcleo essencial do ser humano.

Neste sentido, deve o homem ter suas vontades respeitadas, desde que não conflite com outros direitos de interesse coletivo, mantendo assim a harmonia à dignidade de todos os membros da família humana.

O princípio da autonomia de vontade permeia diversos diplomas e dispositivos legais com o fim de dar força às escolhas do ser humano, de modo que no processo decisório não haja vícios, para que exerça de fato um ato de vontade real.

Ainda, cabe registrar que o diploma civil brasileiro, dispõe em seu art. 15 o rompimento com o método hipocrático de intervenção médica, consagrando a inviolabilidade do corpo e da pessoa humana, determinando que nenhum procedimento médico pode ser feito sem o consentimento do paciente. Veja: “Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

Embora tal dispositivo caracterize um grande avanço em face ao Código Civil anterior, ainda se trata de um dispositivo tímido que não abarca a autonomia absoluta ao paciente, sempre cravando o respeito à atuação médica e dando mais escusas ao profissional, entendimento este que vai de encontro ao que preceitua o Código de Ética Médica em seu Capítulo IV, veja-se:

Art. 22. 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.

Art. 23. Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto.

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

Em regra, não há necessidade de que a intervenção a ser realizada traga risco a vida do paciente para que seja passível de recusa. Em fase de manifestação da autonomia do ser humano sobre o próprio corpo, independe o motivo da não concordância, pode o paciente recusar-se a se submeter ao procedimento ofertado.

Como já abrangido anteriormente, o primado da tecnologia insiste em produzir a falsa impressão de que na relação clínica deverá tangenciar às melhores evidências científicas apresentadas e não a autodeterminação esclarecida do paciente sobre a intervenção que venha a se submeter.

A dignidade da pessoa humana é somada à capacidade de poder assumir sua própria responsabilidade. Deste modo, se por um lado o respeito existencial é um direito de todos, por outro, é imposto à sociedade o dever de abster-se de exercer uma ingerência indesejada.

Frente aos cuidados com saúde, pode-se mencionar três modelos que regem as relações médico-paciente: Paternalista, Consumerista e o da Mutualidade.

Inicialmente, e tão presente no contexto brasileiro, o modelo Paternalista pauta-se no protagonismo dos profissionais da saúde, firmando que a detenção da técnica e do conhecimento científico são suficientes na hora de tomar decisões sobre seus cuidados em saúde.

Modelo este duramente criticado, vez que, em suma, camufla as vontades do paciente, e no âmbito obstétrico acaba por tornar as mulheres objeto das intervenções e prescrições médicas, anulando suas possíveis intenções e vontades.

Esse lugar de autoridade tomado pelos profissionais da saúde, desconectado com o conceito de autonomia, transfere a subjetividade da parturiente dando à esta o lugar de incompetência, corroborando para o falso imaginário de que a mulher não teria capacidade para conduzir o parto e por fim, aceitar a entrega do seu momento mais simbólico nas mãos dos detentores das técnicas médicas.

Já no modelo Consumerista, também denominado como do Consentimento Informado, respeita-se o princípio da não ingerência transferindo a responsabilidade da decisão ao paciente.

No entanto, registra-se que tal decisão e transferência de responsabilidade só é válida após os devidos esclarecimentos conforme

estabelecido pela vigente ordem constitucional e pela dogmática do Código Civil, bem como disposto no Código de Defesa do Consumidor, que abaixo segue:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

III.- a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como os riscos que apresentem

A partir de toda informação recepcionada e dúvidas dirimidas é firmado o Termo de Consentimento Informado, indispensável à atuação profissional, que nada mais é que a materialização do assentimento do paciente frente aos tratamentos a serem adotados.

E por fim, modelo a ser seguido, o da Mutualidade, no qual há a incorporação da autonomia relacional e se celebra o relacionamento baseado na tomada de decisão compartilhada (TDC), ou seja, processo posterior à discussão das opções, em que médico e paciente interagem em decisão da saúde, advindo à Autonomia Dependente. Neste método, o paciente é encorajado a participar ativamente do plano de tratamento, de modo que o cuidado seja centrado nele. Nesse entendimento compartilha a Professora Aline Albuquerque (2016, s.p):

O direito à privacidade importa também no direito do paciente de participar do processo de tomada de decisão em saúde. Isso quer dizer, envolver-se ativamente em seus cuidados, especialmente, na discussão sobre tratamentos disponíveis, seus objetivos e suas prioridades, bem como na definição do plano terapêutico.

Ainda, há que se falar que a TDC sustenta um modelo de cuidado centrado no paciente (CCP) que pode ser desmembrado em três pilares: participação e envolvimento do paciente; a relação entre o profissional da saúde e o paciente; e o contexto em que os cuidados em saúde são providos.

Albuquerque ainda salienta de que para obter ótimos resultados, diminuir as litigâncias e estimular o exercício da autonomia das mulheres como pacientes, seria necessário percorrer por três requisitos no processo pré-terapêutico, quais sejam: escuta empática do profissional da saúde; adotar uma comunicação compassiva; e por fim, a tomada de decisão compartilhada.

Deste modo, cumpre salientar, no que tange às parturientes, como pacientes, suas tomadas de decisões dependem do grau de instrução e informações trazidas pela equipe médica, vez que inicialmente a mulher tem apoio tão somente do seu contexto social e da bagagem trazida por outras mulheres que passaram pela experiência do parto.

Durante a TDC, é utilizada a Ajuda decisional (AD), conjunto de instrumentos, sejam folhetos, vídeos ou ferramentas digitais, baseados em evidências, com o intuito de complementar a carga informacional quanto às possibilidades e alternativas a serem adotadas para os determinados planos terapêuticos. O principal motivo da AD é promover o debate entre os envolvidos no processo de escolha de modo mais sistemático e simplificado, apresentando assim o maior grau de objetividade possível.

É importante que esse processo de parto de informações seja cuidadosamente desenvolvido para que conduza o paciente a, de fato, fazer uma decisão baseada em suas preferências e vontades, anulando assim preconceitos e falsos créditos, concedendo assim o efetivo exercício da autonomia pessoal do paciente, protegendo a esfera psicofísica que se encontra tutelada nos direitos da personalidade. Como assinala Rodrigues (2002, apud KFOURI NETO, p.281):

[...] ao lado dos deveres de tratar, de agir segundo a legis artis, de organizar o processo clínico e de observar o sigilo, na consecução do tratamento, o médico deve respeitar o paciente, dever este que se desdobra nos de informar; confirmar o esclarecimento; obter o consentimento.

Em que pese detenha as evidências, a Medicina deve trabalhar, como pressupõe a Bioética, no escopo da reflexão e na prescrição moral, e proteger não tão somente a vida, mas o tipo de vida que cada paciente pretende viver, seja pautada em suas crenças, vontades, haja vista que se depreende do direito à autonomia, que cada ser humano tem o direito de, livremente, projetar sua vivência.

3.2 Resolução Normativa n. 368/2015 da ANS

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), reguladora vinculada ao Ministério da Saúde e criada pela Lei 9.961/2000, tem por objetivo defender o interesse público frente à assistência suplementar de saúde, regulamentando as operadoras, assistindo as relações entre fornecedores e prestadores de serviço, bem como trabalha no desenvolvimento de ações na área da saúde.

Apesar do vínculo mencionado, a agência detém autonomia administrativa e financeira. Embora o SUS, Sistema Único de Saúde, um dos maiores sistemas de saúde pública do mundo, atenda de forma universal, ou seja, toda a população tem acesso integral e gratuito, o país ainda conta mais de duas mil empresas de planos de saúde suplementando a rede de cuidados para com a população.

Deste modo, a ANS pode dispor de parâmetros a serem seguidos com fito de regulamentar a qualidade em assistência à saúde, estabelecer regras para a saúde privada e zelar pelo cumprimento correto das normas propostas.

Em 2006 foi entregue ao Ministério Público Federal uma denúncia para que pudesse ser analisado o motivo da elevada incidência de cesarianas na rede privada de saúde, e que posteriormente fossem realizadas as devidas providências para mudar tal panorama. Foi realizada audiência pública para a discussão das partes sobre o tema, e então em 2010, O Ministério Público Federal propôs uma Ação Civil Pública contra a ANS, na qual foi designada nova audiência pública, ocorrendo em 2014, determinando prazo de 60 dias para que a agência reguladora apresentasse projetos concretos para a redução das taxas de parto cesarianos.

Assim sendo, foi aberta consulta pública pela reguladora e em 06 de janeiro de 2015 fora publicada a resolução normativa de nº 368 que dispõe acerca do direito de acesso à informação das parturientes, bem como presta

estímulo à redução do número de cesarianas eletivas e sem indicações em território brasileiro.²

Art. 1º Esta Resolução Normativa - RN dispõe sobre o direito de acesso à informação das beneficiárias aos percentuais de cirurgias cesáreas e de partos normais, por operadora, por estabelecimento de saúde e por médico e sobre a utilização do partograma, do cartão da gestante, e da carta de informação à gestante no âmbito da saúde suplementar.

Um dos grandes inovadores trazidos pela resolução seria o comprometimento das operadoras de planos de saúde, quando solicitadas, de indicar o percentual de partos cesáreos e normais realizados, vez que o Brasil há tempos ostenta o posto de maiores índices de cirurgias cesarianas do Mundo, patamar este duramente criticado e desonroso quanto às diretrizes da OMS.

Além do mais, tais operadoras deverão passar a adotar, bem como fornecer o Cartão da Gestante e a Carta de informação à estas, registrando todos os procedimentos do pré-natal, e ainda exigir que os obstetras façam uso do Partograma, documento gráfico que registra os acontecimentos no trabalho de parto.

Seção II
Do Cartão da Gestante, Da Carta de Informação à Gestante e da Utilização do Partograma

Art. 6º O Cartão da Gestante é um instrumento de registro das consultas de pré-natal que contém os principais dados de acompanhamento da gestação, devendo permanecer em posse da gestante e ser apresentado em todos os estabelecimentos de saúde que utilizar durante a gestação e na maternidade quando for admitida em trabalho de parto.

Art. 8º O partograma é um documento gráfico onde são feitos os registros do desenvolvimento do trabalho de parto, das condições maternas e fetais e deverá conter, no mínimo, as informações indicadas pela Organização Mundial da Saúde - OMS, conforme o Anexo III, desta RN, podendo ser utilizado qualquer modelo de partograma, desde que contenha os dados mínimos indicados pela OMS .

Parágrafo único. Nos casos em que, por imperativo clínico, o partograma não for utilizado, este deverá ser substituído por um relatório médico detalhado.

² Resolução Normativa nº368/2015 disponível em:
<https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=Mjg5Mg==>

No contexto do presente trabalho, as normas impostas pela zelosa resolução são de suma importância e figuram como a principal regulamentação não somente para prestar informações às mulheres e proteger seu direito de escolha, mas para estimular a redução dos altos índices de intervenções cesarianas que fazem do país recordista.

Como já abordado em tópicos anteriores, a medicina deve garantir e salvaguardar a dignidade da gestante e do nascituro, até mesmo pós-parto. Dentre os atributos da dignidade da pessoa, os profissionais da saúde devem assegurar a autonomia de vontade das mulheres, sempre agindo de boa-fé, prestando informações fidedignas e fazendo com que estas cheguem às beneficiárias. E para que haja o efetivo exercício do direito, a parturiente deve estar livre de qualquer elemento vicioso, capaz de limitar o exercício de sua autonomia, podendo assim, assumir o protagonismo do parto.

Uma importante vertente que surge é a humanização dos partos, seja natural ou cirúrgico, vez que ao humanizar o parto, está dando oportunidade para procedimentos mais saudáveis, visto que muitas literaturas e estudos destacam as intervenções tecnológicas nem sempre são as manobras mais seguras, rompendo com o misticismo de que a cesárea, em suma, tem o condão de por si só diminuir a mortalidade nas maternidades em níveis desejáveis.

Embora a RN estabeleça condições a serem gozadas pelas beneficiárias da rede suplementar de saúde, a discussão se estende para toda rede de cuidados com saúde, vez que ao primar pelo acesso à informação, pela humanização da prestação de serviço e pela luta pelos direitos das parturientes, acaba por combater o comércio das cesarianas, abrindo espaço para propagação das diretrizes e recomendações da OMS, e outros dispositivos que elencam as melhores formas e procedimentos para o nascer, bem como fomentar o acesso ao parto normal de forma consciente e livre de preconceitos.

Cabe registrar que, posteriormente, tal RN foi complementada pela Resolução ANS 398/2016 e 409, de 22/07/2016, que instituiu o fornecimento obrigatório da Nota de Orientação à Gestante com ricas informações apontando a importância da escolha do parto natural e da qualidade de exceção que deve ser atribuída à cesariana, vez que conforme dispõe o documento, “Cesarianas

triplicam o risco de morte materna, bem como que cerca de 25% dos óbitos neonatais e 16% dos óbitos infantis no Brasil estão relacionados à prematuridade” (Resolução ANS n. 409/2016).

Tal resolução com as atualizações mencionadas, embora tenham sido objeto de ordem judicial expedida nos autos da Ação Civil Pública nº 0017488-30.2010.4.03.6100, no TRF da 3ª região, apresentou inovação no cuidado com o parto e com a saúde das usuárias, em que pese ainda sejam necessárias diversas outras mudanças estruturais e culturais para alterar o panorama do nascer no Brasil.

3.3 Incidências das Cesáreas Eletivas: Elementos Caracterizadores da Violência Obstétrica

No ano de 1985, a Organização Mundial de Saúde (OMS) destacou que as taxas de cesáreas não deveriam ser superiores a 15% dos partos realizados, sob pena das intervenções cirúrgicas excedentes serem consideradas sem justificativa. No entanto, o que se vem acompanhando desde então é um aumento progressivo da porcentagem de cesarianas em todas as idades, condições médicas e idades gestacionais.

Já em 2009, de forma inédita, a taxa de partos cesarianos ultrapassou a proporção de partos naturais no Brasil, atingindo o valor de 52% no ano seguinte, conforme apontado pelo Departamento de Informática do SUS, valor extremamente exacerbado quando comparado à porcentagem idealizada pela OMS. Ainda, estima-se que aproximadamente um milhão de mulheres, por ano, são direcionadas à cesariana sem a devida indicação obstétrica, correndo os riscos de uma cirurgia de grande porte, e por fim aumentando a prestação de contas frente ao Estado.

De encontro ao numerário exposto, pesquisa realizada pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) indica que aproximadamente 70% das parturientes brasileiras optam inicialmente pelo parto natural, no entanto são

desestimuladas durante o acompanhamento pré-natal, gerando o grande dado alarmante de partos cesarianos no país.³

A distribuição de partos cesáreos no país é fortemente influenciada pela idade das gestantes, pelo grau de escolaridade, pelo acesso ao pré-natal e pela região que se encontram. A epidemia de cesáreas se concentra nas mulheres de maior idade, com maior grau de escolaridade, primíparas e com assistência pré-natal particular, bem como nas regiões Sul, Sudeste e Centro-oeste do país, sendo em sua maioria não apontada por fatores clínicos.

Estudos apontam que as grandes incidências do parto cesariano são oriundas das escolhas das mulheres, que no início da gravidez chega a ser 20% que optam por este determinado parto. Contudo, sabe-se que durante o período gestacional essa proporção aumenta, resultando em taxas próximas a 90% no sistema suplementar, vindas de cesarianas eletivas e com indicações pouco fundamentadas.

No Sistema Único de Saúde é restrita a possibilidade de escolha da mulher sobre a via de parto, estas são acompanhadas por grupo de profissionais durante todo período gestacional e, em tese, a indicação do parto cirúrgico ocorreria mediante diagnóstico do médico ou então em razão de alguma intercorrência durante o parto natural, sendo limitada as cesáreas a pedido, vez que todo financiamento e apoio é oriundo do Estado.

No sistema suplementar, como já abordado, é possível realizar agendamento de cesariana, conforme queira a gestante, bem como por indicação do seu médico escolhido, que muitas das vezes atua em hospitais privados utilizando destes somente a estrutura.

No entanto, cabe salientar que a escolha das vias de parto, são duramente influenciadas por fatores culturais, econômicos, sociais, e especialmente pelo sistema que será realizado, público ou privado.

Como já explanado anteriormente, um dos maiores fatores de influência para o exercício efetivo da autonomia das gestantes esta pautado no dever de informação a ser prestado pelos profissionais da saúde, vez que ainda

³ Dados retirados da pesquisa intitulada: Trajetória das mulheres na definição pelo parto cesáreo

Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/LLYCCCPv3vwt3dKhFnMK8B/?lang=pt>. Acesso em: 06 de setembro de 2021.

vigora a hegemonia médica e paternalista, figurando a técnica e o profissional como base do processo de parto.

Assim sendo, é clara a violação existente no que tange à falta de esclarecimentos para com as parturientes, motivo este que se desmembra nas situações caóticas de violência institucional obstétrica, visto que ao entregar toda confiança em um sistema que privilegia a conduta médica, todas violações ficam mascaradas no que seria o bom padrão de atendimento.

Devida à falta de informação, as parturientes ficam vulneráveis às cesáreas eletivas, ou seja, aquelas realizadas sem necessidade clínica, e que pode ser agendada antes mesmo do trabalho de parto, por pura conveniência médica. Muitos destes casos ocorrem até mesmo por coação, expressa Maia:

Diversas foram as causas relacionadas a esse evento: [...] medo, por parte das mulheres, da dor do parto normal; crença, por parte das mulheres e dos médicos, de que o parto vaginal afrouxa os músculos da vagina e interfere na satisfação sexual; crença de que o parto vaginal é mais arriscado para o bebê do que uma cesárea; conveniência (hora marcada) e economia de tempo para o médico; falta de qualificação do médico para o parto normal; pré-natal incapaz de preparar para o parto; atendimento centrado no médico, e não em equipes multidisciplinares que incluam obstetizes; [...] a associação entre parto vaginal e imprevisibilidade, esta vista como algo negativo, e entre parto cesáreo e segurança. (2008, p. 38).

A violência obstétrica é caracterizada pela objetificação do corpo feminino e pelo uso arbitrário do saber por parte dos médicos para sobrepor suas vontades e sabotar a sexualidade da parturiente. Intimamente ligada a história do parto, a violência contra as gestantes se fez presente no momento em que o parto deixou de ser algo natural e passou a ser considerado patológico dentro do ambiente hospitalar. Também conhecida por ser uma violência de gênero, a violência obstétrica caracteriza-se pela:

[...] violência cometida contra a mulher grávida, e sua família em serviços de saúde durante a assistência ao pré-natal, parto, pós-parto, cesárea e abortamento. Pode ser verbal, física, psicológica ou mesmo sexual e se expressa de diversas maneiras explícitas ou veladas. Como outras formas de violência contra a mulher, a violência obstétrica é fortemente condicionada por preconceitos de gênero. (CIELLO et al, 2012, p. 11).

Ao se institucionalizar o momento do parto, deu-se espaço para a relação de poder entre o profissional da saúde e a gestante, baseada nas imposições patriarcais e potencializada pela falsa ideologia de que o corpo feminino possui defeitos não condizentes com processo saudável do parir.

Dentre as situações em que estas mulheres são submetidas, elenca-se alguns procedimentos excessivos ou até mesmo desnecessários, mas que são perpetuados pelas escolas médicas e pelo patriarcado médico, tais como: uso de ocitócitos para acelerar o trabalho de parto; manobra de Kristeller (técnica banida pela OMS e pelo Ministério da Saúde); Episiotomia; toque retal; privação de alimentação; privação de locomoção; restrição ao leito; privação de acompanhante; cesárea sem consentimento ou necessidade; negativa de analgesia, entre outros. Procedimentos estes que ferem a integridade física, psicológica e sexual da parturiente, sendo, podendo até mesmo ser identificado como tratamento desumano, segundo Albuquerque (2016, p.117):

(...) o tratamento do paciente pode ser considerado desumano se causar intenso sofrimento físico ou psíquico, e pode ser degradante quando provocar na vítima sentimentos de medo, angústia, humilhação ou retirar-lhe a possibilidade de resistir moral, psíquica ou fisicamente a uma situação adversa.

Ao se pensar no mercado das cesáreas, é interessante ao sistema que o processo de parto natural seja doloroso e que nele recaia diversos misticismos, para que seja sempre favorável e desejado o procedimento mais custoso, mais favorável a classe médica e nem sempre mais seguro aos corpos submetidos. Deste modo, entende-se que o excesso de intervenções cesarianas esteja atrelado não somente à violência institucional e de gênero, mas também à questões socioeconômicas e culturais.

No parto vaginal a violência da imposição de rotinas, da posição de parto e das interferências obstétricas desnecessárias perturbam e inibem o desencadeamento natural dos mecanismos fisiológicos do parto, que passa a ser sinônimo de patologia e de intervenção médica, transformando-se em uma experiência de terror, impotência, alienação e dor. Desta forma, não surpreende que as mulheres introjetem a cesárea como melhor forma de dar à luz, sem medo, sem risco e sem dor. (REHUNA, 1993, apud DINIZ, 2005, p. 631).

Imperioso registrar, que a partir da rede de experiências trocadas entre as mulheres, bem como pelos preconceitos enraizados e fomentados pela hegemonia médica, o parto natural passou a ter a conotação de um procedimento sujo, perigoso e dolor, dando à cesariana um cargo estéril, indolor e mais adequado.

É válido mencionar que em sede de violência contra as parturientes, pode ocorrer durante a gestação, no momento do parto, no estado puerpério e até mesmo em situações de aborto. Independente do momento que ocorra a violência, fica claro o forte aprisionamento dos corpos em procedimentos medicalizados, submetidos à interesses de terceiros e cada vez mais distantes do exercício de suas autonomias.

4 ANÁLISE LEGAL E JURISPRUDÊNCIAL DA LEI N° 17.137/19

Neste capítulo, será analisada a norma estadual 17.137/19 (Lei das Cesáreas), bem como exposto o projeto de lei que lhe deu origem, PL 435/2019. Ademais, serão ventilados os vícios contidos no texto normativo, que levaram a arguição de inconstitucionalidade e o recurso que guerreou seu respectivo acórdão.

4.1 Análise Legal

Em meados de abril de 2019, fora proposto o Projeto de Lei 435/2019, também conhecido como PL da cesárea, de autoria da deputada estadual, advogada, jurista, filiada ao Partido Social Liberal, atuante nas áreas de Educação, Saúde e Segurança Pública, Janaína Paschoal, qual prevê que a gestante possa optar pela via de parto cesariana na rede pública de saúde, ainda que não haja indicação para tal, bem como garante a analgesia no parto natural, conforme seu Artigo 1°:

a parturiente tem direito à cesariana eletiva, devendo ser respeitada em sua autonomia e garante à gestante a possibilidade de optar pelo parto cesariano, a partir da trigésima nona semana de gestação, bem como a analgesia, mesmo quando escolhido o parto normal.

Como já tratado anteriormente, o SUS atua mediante diretrizes internacionais que priorizam o parto natural por ser mais seguro e benéfico ao binômio mãe-bebê. No entanto, cumpre registrar que embora a proposta da deputada estadual - eleita em 2018 com a maior votação do país - corra em sentido contrário aos protocolos internacionais, foi aprovada na Assembleia Legislativa de São Paulo por 58 votos a 20 e posteriormente sancionado pelo governador João Doria (PSDB-SP).

Calha noticiar que o projeto de lei, ao apresentar suas justificativas de propositura, foi permeado pelas ideologias partidárias e particulares da autoridade legislativa que o elaborou, tais como o trecho que segue (PL, p.2-3):

Os formadores de opinião que defendem a supremacia do parto normal à cesárea, em regra, se apegam à ideia (correta) de que as parturientes têm direito ao próprio corpo e devem ter seu desejo respeitado. No entanto, defendem o direito de a parturiente escolher (e ser respeitada) apenas quando a parturiente escolhe o parto normal, ou o parto natural

O projeto da lei em comento apresenta contrariedades ao parto vaginal, ainda que de forma velada, por meio das expressões com teor negativo como “verdadeira tortura”, “anóxia”, “dores”, entre outros elementos formadores da ideia de que o parto natural é prejudicial à saúde materna e do nascituro.

Por outro lado, é claramente identificada a pobreza científica contida na argumentação da propositura, vez que trata os defensores da via natural como “entusiastas” e trata o discurso de apoio à cesárea empregando termos como “estudos” e “casos concretos” para argumentar favoravelmente, em que pese nunca os tenha citado a que estudos faz referência. Veja-se partes da manobra utilizada (PL, p.2):

Não há nenhum estudo que correlacione cesárea realizada a pedido da gestante, antes do início do trabalho de parto, com o resultado morte da mãe e/ou morte do concepto. Mas os casos concretos mostram que essas mortes ocorrem, em regra, quando se tenta por horas o parto normal, recorrendo-se à cesárea, quando a situação já se revela insustentável

No decorrer do texto, as argumentações tornam-se demasiadamente apelativas, introduz-se casos isolados de desfechos infelizes de neonatais com o intuito de generalizar os riscos no nascimento pela via vaginal, padronizando a situação como fundamento único. Nas palavras de Paschoal (PL, p.9):

Indague a um entusiasta do parto normal/natural por qual razão essa via de parto é melhor e a resposta será: a mãe se recupera rapidamente, não fica com cicatriz, o bebê tem menos riscos de problemas respiratórios. É verdade! Mas esses males são nada perto de um bebê morto por anóxia, ou paralisado por anóxia, mesmo sua mãe tendo clamado pela realização da cesariana

A legisladora trata de premissas não verdadeiras ao trazer em seu relatório que o maior índice de anóxia, hipóxia neonatal, está presente em alterações da mulher pobre que faz uso da rede pública de saúde. No entanto, a medicina de evidências indica outros fatores que envolvem o índice de

mortalidade em maternidades pelos motivos frisados pela deputada, como não ter feito o pré-natal adequado, a falta de informação, problemas nutricionais, e outros fatores perinatais, que não se relacionam com a decisão de cesárea ou não-cesárea, mas que associados podem trazer complicações durante e pós-parto.

É estampado o retrocesso para a saúde da mulher e do neonatal, uma vez que o texto elaborado pela deputada banaliza as evidências científicas e contraria as orientações preconizadas pelos órgãos máximos, Organização Mundial de Saúde, Ministério da Saúde e Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, que se posicionam a favor do parto natural sempre que possível. Motivo este que tornou o projeto e lei tão polêmicos.

Ademais, ressalta-se de que a lei tratou da paciente como parturiente e não gestante. Esta análise minuciosa, embora pareça meramente substancial, revela o falso exercício da autonomia que certamente possa ocorrer na vigência da lei quando uma gestante procurar pelo acesso à cesárea.

Ao tratar a paciente como parturiente a discussão sobre a via de parto a ser adotada após a 39ª semana de gestação, acaba por prever que a mulher fará sua escolha em meio às contrações e possível via de fato do parto, contrariando a Bioética, que determina que o paciente não pode tomar decisões em estado de vulnerabilidade.

A legisladora custa admitir o que já é fixado entre os grandes órgãos reguladores da saúde: o risco de complicações em um parto cesáreo é consideravelmente maior do que um parto vaginal, inclusive que estes riscos possam se estender para uma próxima gravidez. Tais riscos como a placenta acreta, que tende a permanecer na região da cicatriz após passagem pelo útero e tem o condão de complicar a próxima gestação causando morbimortalidade materna; a prematuridade dos bebês, vez que o que estimula a via de parto é a maturidade pulmonar do nascituro, maturidade esta que muitas vezes não se encontra presente no momento da eventual decisão da mulher.

A Lei dispõe em seu artigo segundo que será respeitado, também, a decisão pelo parto natural, sendo lhes proporcionado o direito a analgesia. No

entanto, já havia no âmbito estadual lei que dispusesse sobre dispositivos de alívio de dor e garante esta anestesia, qual seja, Lei 15.759 de março de 2015, que tratou sobre a humanização dos partos nos estabelecimentos públicos de saúde do Estado de São Paulo.

Deste modo o que caberia era fazer valer legislação já existente que previa o mesmo conteúdo e garantir que a rede pública de saúde possa praticar o que prevê a Lei anteriormente aprovada. Veja-se, o artigo segundo da lei proposta pela deputada Janaina:

Artigo 2º - A parturiente que optar ter seu filho por parto normal, apresentando condições clínicas para tanto, também deverá ser respeitada em sua autonomia.
Parágrafo único - Garante-se à parturiente o direito à analgesia, não farmacológica e farmacológica.

Ato contínuo, segue o disposto na lei promulgada em março de 2015, de autoria do deputado Carlos Bezerra Jr. (PSDB), ou seja, anterior a Lei em discussão neste trabalho, que já tratava da garantia de analgesia no mesmo âmbito:

Artigo 2º - Para os efeitos desta lei, ter-se-á por parto humanizado, ou assistência humanizada ao parto, o atendimento que:

III - garantir à gestante o direito de optar pelos procedimentos eletivos que, resguardada a segurança do parto, lhe propiciem maior conforto e bem-estar, incluindo procedimentos médicos para alívio da dor.

A legislação traz ainda que deverá conter dizeres expostos nas maternidades informando que naquele ambiente as mulheres gestantes a partir de trinta e nove semanas, ou seja, completar 38 semanas, poderiam optar pela via de parto a ser submetida, embora a lei não exija estar munida de exame de imagem comprovando o período gestacional, ainda que o neonatal possa perder em média até 14 dias de gravidez potencial se optar pela cesariana.

Artigo 3º - Nas maternidades, nos hospitais que funcionam como maternidades e nas instituições afins, será afixada placa com os seguintes dizeres: “Constitui direito da parturiente escolher a via de parto, seja normal, seja cesariana (a partir de trinta e nove semanas de gestação)”

No entanto, a parturiente que chega às portas do trabalho de parto em hospitais públicos não busca por esses dizeres, mas sim pelo acolhimento

humanizado, pois seu medo não é pelo parto habitual, o que lhe causa medo é o modelo de assistência agressiva ofertada. Trata-se aqui do processo periparto, da busca pela informação, pelo acolhimento que trará possibilidades dessa parturiente praticar sua autonomia de forma esclarecida. Porém, o medo da cultura da dor pode levar as mulheres a exercerem uma autonomia vazia, ou seja, são induzidas a se submeterem a cirurgias sem indicações visando o melhor para mãe, em fase temporária, e esquecendo dos benefícios do parto espontâneo para os bebês. Sintetizando nas palavras da Procuradora da República, Ana Carolina Previtalli, “Atribuir à mulher o direito de decidir é irresponsável e negligente. A mulher que pede uma cesárea está, na verdade, pedindo ajuda”.

Pautando-se na autonomia das mulheres, motivo louvável, em que pese tratado como uma falácia pela legislação perversa de proposta da deputada que em seus argumentos expõe que as mulheres beneficiárias da rede pública de saúde devem gozar da mesma autonomia que as mulheres da rede suplementar. No entanto, o que a legisladora não se atentou é que a rede privada de saúde partilha das abusividades também praticadas no SUS. Tratam erroneamente a escolha da cesárea no âmbito privado como exercício de autonomia, quando na verdade nas maternidades suplementares o direito de escolha é ainda mais lesionado, vez que estimulam fortemente a aceitação do parto cirúrgico, sendo as mulheres levadas à via cesariana e afastadas do parto espontâneo, conquistando os alarmantes indicies da intervenção cirúrgica nos partos privados.

Em seu artigo quarto, a Lei 17.137/2019 determina que havendo o não consentimento da via de parto na relação médico-paciente, o profissional poderá referenciá-la a outro profissional, podendo exercer também a sua autonomia profissional, em que pese trate a deputada como intimidação frente à classe médica. Em que pese seja de pleno conhecimento as condições dos Hospitais Públicos no que tange às transferências, cabe ao profissional discriminar em prontuário que a parturiente está em vias de parto vaginal, mas por exercer sua autonomia vazia deverá ser assistida a aguardar transferência para outro profissional. Veja-se o artigo mencionado:

Artigo 4º - O médico sempre poderá, ao divergir da opção feita pela parturiente, encaminhá-la para outro profissional.

Vale, ainda, mencionar que em seu artigo primeiro, parágrafo terceiro dispõe que o médico que conscientemente não concordar com o procedimento requerido pela parturiente, deverá anotar as razões que levaram sua recusa em prontuário. No entanto, a lei é falha ao não determinar as razões cabíveis para esse não consentimento, gerando insegurança jurídica e o profissional podendo usar da desobediência legal, vez que uma das possíveis eventuais razões seria o plantão movimentado e o número reduzido do corpo clínico. Segue o artigo mencionado:

Artigo 1º - A parturiente tem direito à cesariana a pedido, devendo ser respeitada em sua autonomia.

§ 3º - Na eventualidade de a opção da parturiente pela cesariana não ser observada, ficará o médico obrigado a registrar as razões em prontuário.

No entanto, o próprio Código de Ética Médica ao tratar sobre a responsabilidade profissional determina que o médico não pode se eximir e transferir a responsabilidade de insucessos à terceiros. Deste modo, se em um caso de a parturiente após 39º semana de gestação procurar assistência médica, com ou sem ultrassonografia, em trabalho de parto e optar pela cirurgia cesariana, dependendo do grau de dilatação em conjunto aos procedimentos iniciais da intervenção cirúrgica, por atender a cesárea a pedido, pode-se mudar o quadro da parturiente de forma catastrófica, questionando-se: o médico por atender a vontade da mulher e sabendo dos riscos, pode se eximir de culpa?

Assim dispõe o Código de Ética Médica, pelo Conselho Federal de Medicina:

Capítulo III RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL

É vedado ao médico:

Art. 6º Atribuir seus insucessos a terceiros e a circunstâncias ocasionais, exceto nos casos em que isso possa ser devidamente comprovado.

Ainda, é valioso mencionar que os custos que podem ser gerados entorno das decisões pela via de parto não foram tratados de forma administrativa pelo projeto de lei. Isto quer dizer que, como já é de conhecimento notório, as maternidades públicas brasileiras não vislumbram de ostensivos recursos financeiros para sua manutenção, em que pese o permissivo para cesarianas sem indicação elevarão os gastos de forma drástica, vez que o parto cirúrgico é deveras mais caro que o parto natural. Portanto, apresenta-se um vício de origem, vez que o orçamento do Estado não terá aumentos para custear o volume de leitos, visto que a cesárea requer internação, nem acompanhará o aumento das complicações e disposição de analgesias e profissionais para administrá-las. E assim dispõe sobre a execução da lei, em seu Artigo 5º - “As despesas decorrentes da execução desta lei correrão à conta das dotações orçamentárias próprias”.

Diante dos expostos, fica claro que aquilo que foi proposto à população, de forma mais específica às parturientes, não se trata de informações lapidadas e verossímeis, vez que a lei trata de parturiente e divulga-se em prol das gestantes, bem como oferece analgesia sem dar suporte de equipe de profissionais para administrar de tal modo, além das inconsistências na proteção da mulher, do binômio mãe-filho e dos profissionais de saúde. Assim sendo, trata-se de uma lei falha e repleta de lacunas que por si podem desestabilizar o sistema de saúde da mulher, bem como escancarar numerosos desfechos trágicos diante do exercício fictício da autonomia da parturiente, padecendo a Lei de reavaliação por aqueles que a aprovaram.

4.2 Da Inconstitucionalidade da Lei de Cesáreas

Diante das fervorosas discussões pela polêmica Lei de autoria da deputada Janaína Paschoal (PSL) e as contrariedades expostas em suas razões, o judiciário brasileiro foi movimentado para tratar sobre o controle de constitucionalidade da norma proposta.

O controle de constitucionalidade é uma relação de parametricidade, uma discussão sobre a consonância ou não entre leis ou atos normativos em face da Carta magna, ou seja, da Constituição Federal. Nas palavras do Professor Pedro Lenza (2009, p.170):

Vale dizer, os órgãos de controle verificarão se a lei, ou ato normativo, ou qualquer ato com indiscutível caráter normativo, possuem um vício formal (produzido durante o processo de sua formação), ou se possuem um vício em seu conteúdo, qual seja, um vício material. Mencionados órgãos variam de acordo com o sistema de controle adotado pelo Estado, podendo ser político (Cortes ou Tribunais Constitucionais ou Órgão de Natureza Política), jurisdicional (difuso ou concentrado), ou híbrido (há tanto o político como o jurisdicional).

Há de se pontuar que a Constituição por ter um formalismo rígido, ou seja, é calçada num procedimento solene de alteração do seu texto, conforme dispõe o artigo 60 da Constituição Federal. Por sua dinâmica resistente à alterações, o diploma constitucional acaba se posicionado de forma hierarquicamente superior as demais espécies normativas, tornando-se parâmetro para avaliação das mesmas.

Neste sentido, compartilhou Hans Kelsen que seria o ordenamento jurídico composto de normas dispostas em escalas hierárquicas, devendo as normas consideradas inferiores se pautarem e seguirem a validade das normas superiores, isto é, a Constituição Federal seria a norma superior fundante que orientaria as demais espécies normativas inferiores a serem fundadas. Assim explica Kelsen (1987, p.240):

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas sim uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto de conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental-pressuposta. A norma fundamental-hipotética, nestes termos é portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

Neste interim, coube ao Diretório Estadual do Partido Trabalhista Brasileiro –PTB, representado por seu presidente e deputado estadual, Antônio Carlos de Campos Machado, cumprindo os formalismos exigidos, propor a Ação

Direta de Inconstitucionalidade com Pedido de Medida Cautelar perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, como determina o artigo 74, VI da Constituição do Estado de São Paulo, *in verbis*:

Artigo 74 - Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar originariamente:

(...) VI - a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, contestados em face desta Constituição, o pedido de intervenção em Município e ação de inconstitucionalidade por omissão, em face de preceito desta Constituição;

Calha salientar que se tratou de um controle de constitucionalidade repressivo/posterior, vez que a lei pela qual se insta a inconstitucionalidade já estava devidamente publicada no DOU quando da propositura da ADI, bem como já se encontrava vigente.

A ação de controle de constitucionalidade foi distribuída com o número de processo 2188866-94.2019.8.26.0000 pela serventia do TJSP, após comprovada legitimação do autor e cabimento do ajuizamento da ação.

Dentre as razões expostas para guerrear a Lei de Cesárias, primeiramente tratou o autor de esposar sobre os vícios formais de inconstitucionalidade, como a competência concorrente à União e Estado em legislar sobre saúde, conforme positivado no artigo 24, inciso XI, CF. Ainda, cabe aos Estados a edição de normas suplementares, para editar leis específicas de saúde de forma a atender as peculiaridades locais (artigo 24, XI, §2º, CF). Já à União, lhe cabe a edição de normas gerais sobre saúde (artigo 24, XI, §1º, CF). Ainda, sobre o tema aborda Celso Antônio Bandeira de Mello (2018, p.548):

Preceitos que podem ser aplicados uniformemente em todo país, por se adscreverem a aspectos nacionalmente indiferenciados, de tal sorte que repercutem com neutralidade, indiferentemente, em quaisquer de suas regiões ou localidades.

A ordem que preceitua a Lei Estadual nº17.137/19 é passível de ser aplicada uniformemente em todo país, sem atender particularidades locais, por este motivo trata-se de norma de caráter geral, não exigindo exclusividade do Estado de São Paulo.

Veja-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao declarara leis estaduais inconstitucionais:

O alcance do caráter geral é que dá a razão por que se distribui competência concorrente nessa matéria, quando a Constituição atribui à União a competência para ditar normas de caráter geral sobre contratos. É que a União é que deve ditar normas aplicáveis a todo o país, a fim de que um contrato não tenha particularidade normativa em determinado Estado, outra particularidade em Estado diverso, ou a possibilidade de os Estados estabelecerem normas diferentes sobre o mesmo tipo de contrato” (STF, ADIn nº 1.007-7/PE, Voto Min. CEZAR PELUSO, rel. Min. EROS GRAU, DJ em 24.02.2006)

“Norma geral, a princípio, é aquela que emite um comando passível de uma aplicabilidade federativamente uniforme” (STF, ADIn 3.645-9/PR, Voto Min. CARLOS AYRES BRITTO, rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ 1º.09.2006)

Portanto, uma norma que preveja comando técnico aos médicos atuantes no Sistema Único de Saúde em relação ao parto, ou seja, prevê um comportamento uniforme que pode ser aplicado em todo território, não resta dúvidas de que foge do âmbito de competência legislativa do Estado de São Paulo, violando assim, o que dispõe o artigo 19 da Constituição do respectivo Estado, qual preceitua que lhe cabe dispor sobre todas as matérias de competência do Estado, que não se vislumbra no caso em concreto.

A norma estadual elaborada não tomou as devidas cautelas nas questões orçamentárias, em seu texto expõe que a execução da lei adotará orçamento próprio, o qual não foi apresentado, se quer cogitado para a lei que correu em regime de emergência. Deste modo, ao não indicar recursos próprios a lei acaba entrando em discordância com o que prevê a lei da Constituição Estadual em seu artigo 25: “Nenhum projeto de lei que implique a criação ou o aumento de despesa pública será sancionado sem que dele conste a indicação dos recursos disponíveis, próprios para atender aos novos encargos”.

Deste modo, condicionada a sanção à demonstração de recursos suficientes para a execução, fica aclarada a inconsistência da sanção dada pelo então Governador do Estado de São Paulo, eis que não há no corpo da norma demonstração alguma sobre recursos disponíveis para suportar os novos encargos criados pela norma objeto da ação.

Tão evidente a o aumento dos custos diante da implementação da lei, que a própria legisladora, de forma rasa, expôs no projeto de Lei que originou a lei atacada, não havendo sequer preocupação relevante quanto a questão (PL, p.16):

Ainda que a aprovação da lei que ora se propõe implicasse algum aumento de despesas, haveria de ser compensado com os gastos que implica a morte de mães e filhos, bem como, no caso de crianças paralisadas pela anóxia (falta de oxigênio) a dependência dos recursos do estado por toda uma vida. Se algum incremento de despesas haverá, por óbvio, será com a contratação de mais médicos anestesistas. No entanto, impossível que, por economia, o estado mais rico da federação siga torturando suas mulheres, no momento mais mágico de suas vidas.

Diante do supracitado, evidente é a incongruência da sanção por parte do Governador do Estado de São Paulo, portanto, de rigor, apresenta vício no processo legislativo ao sancionar o projeto de lei. Deste modo, não houve outra alternativa, a não ser propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade para assegurar a saúde financeira do Estado.

No entanto, não padece somente das razões formais mencionadas, a lei estadual impugnada. Foram levantadas questões materiais, também suficientes para aferir a inconstitucionalidade da norma em sede de controle concentrado, isto é, da norma em abstrato, sem aplicação à um caso concreto.

Cabe observar o que determina a Constituição Estadual, no que concerne à saúde:

Artigo 219. A saúde é direito de todos e dever do Estado.

Parágrafo único - Os Poderes Públicos Estadual e Municipal garantirão o direito à saúde mediante:

1 - políticas sociais, econômicas e ambientais que visem ao bem-estar físico, mental e social do indivíduo e da coletividade e à redução do risco de doenças e outros agravos;

2 - acesso universal e igualitário às ações e ao serviço de saúde, em todos os níveis;

3 - direito à obtenção de informações e esclarecimentos de interesse da saúde individual e coletiva, assim como as atividades desenvolvidas pelo sistema;

4 - atendimento integral do indivíduo, abrangendo a promoção, preservação e recuperação de sua saúde.

Artigo 220 - As ações e os serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle.

É possível verificar que a Constituição Estadual, a exemplo da matriz constitucional federal, tratou de forma ampla, genérica e principiológica, as regras da questão de saúde no Estado, conformando uma norma programática, ou seja, o legislador ao invés de regular diretamente, acaba por traçar princípios a serem seguidos, demandando ações e atividades que parte dos diversos agentes – o Poder Executivo, o Judiciário e também o Legislativo.

Deste modo, aclarada é a contrariedade entre a norma guerreada e a norma pragmática disposta na Constituição Estadual, como já abrangido anteriormente neste trabalho, a legislação proposta por Janaina Paschoal não adere o comando do artigo 219, parágrafo único, item 1, que garante o direito à saúde aferindo “ à redução do risco de doenças e outros agravos”, vez que já é demonstrado de forma técnico-científica que a realização de cesáreas sem indicação aumenta os riscos que deveriam ser evitados.

Trata-se no caso de uma questão de política pública de nível nacional e que claramente não foi objeto de preocupação do legislador ao propor a norma. Ademais, sabe-se que o projeto de lei tramitou em regime de urgência, gerando grande movimentação dos grandes órgãos especializados que não foram convocados para participar da discussão e na formulação do texto da norma, o que causou um atropelo legislativo. Em suma os órgãos se manifestaram em repúdio ao conteúdo da lei que se propunha, apontando os cuidados que não foram tomados na redação do projeto, em que pese posteriormente, alguns desses órgãos tenham se habilitado no processo na figura do *amicus curiae*.

Deste modo, a simples e superficial promoção, pela Lei, de um procedimento que oferece riscos à saúde materna e do neonato, da forma que foi tratada, a macula por completo no que diz à respeito da sua compatibilidade com o que expressa o texto constitucional estadual, tornando a Lei inconstitucional – formal e materialmente.

Diante das razões expostas, o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de forma unânime entre os 25 membros do Órgão Especial do TJ-SP em consonância ao voto do relator, desembargador Alex Zilenovski, prestou seu entendimento e decidiu em 01 de julho de 2020 que a Ação Direta de Constitucionalidade seria procedente para declarar a incompatibilidade, ou seja, a inconstitucionalidade da Lei 17.137/19 por ter usurpado da competência legislativa da União ao extrapolar os limites da Constituição Bandeirante e a Constituição Federal.

O relator acrescentou que a matéria deveria ser tratada por lei federal e que o tema já era amplamente regulamentado pela Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990 (que estabelece a promoção, proteção e recuperação da saúde), bem como pela Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Ainda, afirma que a norma estadual não foi capaz de suscitar um elemento para justificar a legislação complementar para a determinada localidade, tampouco competia ao Estado vez que o tema já era disciplinado por legislação federal.

4.3 Do Recurso Extraordinário

Em face ao acórdão do juízo *a quo* que considerou a incompatibilidade da norma de autoria da deputada estadual Janaina Paschoal frente ao texto constitucional estadual e federal, a Mesa Diretoria da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo e seu presidente interpuseram Recurso Extraordinário para que fosse encaminhado ao Supremo Tribunal Federal para sua apreciação, diante das argumentações que serão dissecadas nesta oportunidade.

Os recorrentes demonstraram a repercussão geral das questões a serem ventiladas, para tal foram levantadas a relevância e transcendência, requisitos para o atendimento e reconhecimento da repercussão.

Em sede de recurso, foi levantado que o tribunal estadual teria uma visão centralizada no que tange ao exercício da competência legislativa concorrente ao vedar o Estado de legislar pautando-se na inexistência de lei federal que assim vedasse a propositura, em que pese já é de conhecimento o conteúdo tratado pela Lei nº 8.080/90 e do Estatuto da Criança e do Adolescente. O recurso extraordinário defende que as leis mencionadas não apresentam nenhuma norma e afirma o parâmetro geral de abrangência da lei de cesárea, o que corrobora para o entendimento de que a norma que se possa se estender para todo o território, sem peculiaridades do local que se propõe, seria de competência da União, como já se defendeu em tópico anterior.

O recorrente assevera que o acórdão carece de reforma em virtude de contrariar orientações jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, que já haviam julgado em sentido contrário quanto a competência concorrente. Ainda, busca o autor recursal demonstrar que a validade da norma se encontra na suplementação das leis federais, vez que a matéria *in casu* teria sido abrangida nas normas mencionadas de forma muito rasa, ou então, que a legislação federal tratava de matérias diversas da prevista na Lei Estadual nº 17.137, de 23 de agosto de 2019. Ou seja, o equívoco do acórdão seria estabelecer uma contrariedade entre a norma estadual e o diploma constitucional.

Ao encontro do argumento trazido pelo recorrente de que não haveria contrariedades entre a lei estadual e as Leis nº 8.080/90 e 8.069/90, diplomas federais e gerais, o acórdão se preocupou em estabelecer que estas ao preverem as condições para o pleno gozo do direito à saúde dispõem que caberiam critérios médicos para a cirurgia cesariana, enquanto a Lei em discussão, prevê a livre deliberação da parturiente –ainda que em estado invulnerável no momento do trabalho de parto- sem recomendação médica para o procedimento a ser escolhido.

Em seguimento, disponibilizou-se aos autos, julgados reiterados no STF firmando que a lei federal deve ser clara ao dispor que sua aplicação exclui o poder de complementação por entes menores, e, portanto, seria possível afastar a presunção de que a competência caberia ao ente maior.

O acórdão é atacado também sob a justificativa de que ao declarar inconstitucional a possibilidade da parturiente, que o recorrente insista em se referir como gestante, optar pela via de parto estaria perpetrando discriminação em relação a mulheres de classes mais abastadas, vez que embora sem contraindicações médicas não gozariam da escolha do parto que submeteriam. No entanto, como já abordado anteriormente, independente de classe, coibir a parturiente a realizar uma escolha viciada em virtude do quadro de assistência agressiva ofertado nos hospitais maternidade, e por fim transferir-lhes a responsabilidade dos riscos seria uma aberração ao princípio da autônima.

Ainda, não há justificativas plausíveis para a propositura da Lei da Cesariana Paulista no que tange a existência de particularidades estaduais, reafirmando o caráter geral da norma, ao passo que podem ser aplicadas uniformemente pelo território brasileiro. Diante disso, não há sentido para que fosse proposta por legislação estadual, trata-se de um potencial conflito concorrente, diante da escala de competência positivado pelo artigo 24 da Constituição Federal. Veja-se:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. (Vide Lei nº 13.874, de 2019)

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. (Vide Lei nº 13.874, de 2019)

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. (Vide Lei nº 13.874, de 2019)

Admitido o recurso, e tendo os autores da inicial apresentando contrarrazões tempestivas, o mesmo foi encaminhado ao colendo Supremo Tribunal Federal, sendo remetido os autos em 02 de fevereiro de 2021, com distribuição determinada pela presidência em 17 de março do mesmo ano, tendo como Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, bem como recebeu a identificação RE 1309195 / SP no STF.

Em 30 de abril do ano vigente o recurso extraordinário foi concluso ao relator e em 30 de junho foi proferida decisão, dando provimento ao recurso que pretendia o reconhecimento da constitucionalidade da lei da cesariana. O referido Ministro pautou-se na dissonância do acórdão guerreado com a jurisprudência firmada no STF que determina que os entes menores (Estados) têm competência concorrente para legislar sobre questão de saúde, conforme prevê o artigo 24, XII, da carta maior.

5 CONCLUSÃO

O pleno exercício da autonomia de vontade das mulheres durante o ciclo gravídico-puerperal requer que lhes sejam prestados todo o conhecimento suficiente para que a gestante possa retomar seu protagonismo e derrubar o conservadorismo médico que influencia negativamente a experiência do parto.

No entanto, os estudos demonstram que em suma as mulheres são pobremente informadas sobre os procedimentos a serem realizados, bem como sobre as diferentes vias de parto e seus benefícios. Não obstante, as pacientes obstétricas são fortemente influenciadas pela conduta médica e pelo olhar clínico, para optarem pelo parto que cumpre com os interesses do profissional.

Depreende-se do trabalho que a autodeterminação da mulher é corrompida quando a mesma se sente coagida por tomar determinada decisão, julgando esta como mais adequada e menos nociva para o bebê e ela. No entanto, registra-se que a violência obstétrica, ainda que de forma velada, é um dos maiores fundamentos para escolher a via de parto com menor potencial de dano, ou seja, a gestante acredita estar exercendo sua autonomia de vontade, enquanto está apenas deliberando por aquela que menos desrespeita, menos viola e menos mutila.

No entanto, como explanado no presente trabalho, a Lei 17.137/19 de autoria da deputada estadual Janaina Paschoal, embora, em seu projeto de lei, tenha apresentado como razões de propositura a assistência a mulher pobre beneficiária do Sistema Único de Saúde, bem como a promoção da autonomia da gestante, tratou-se de uma falácia, vez que ao permitir que a parturiente possa optar pela via de parto que que se submeterá, completadas 39 semanas de gestação, caracteriza-se uma autonomia totalmente vazia, corrompendo todo o princípio, uma vez que a mulher estaria fazendo escolha de forma vulnerável e coagida por um sistema que não presta assistência de forma humanizada frente aos partos naturais.

Além disso, o trabalho tratou de apresentar os vícios formais e materiais contidos na referida norma estadual, visto que a legisladora não se atentou a determinar a fonte de recursos que sustentaria a provável explosão de cesarianas que a lei passa a permitir, e sequer ventilou as mudanças

administrativas que os hospitais maternidades deverão aderir para assistir de forma humana e coesa as altas demandas de cirurgias cesarianas.

Por fim, conclui-se que a hegemonia médica, bem como o sistema de assistência agressivo, torna-se obstáculos para o protagonismo da mulher no cenário da obstetrícia, aclarando, assim, a necessidade da uma promoção de políticas públicas para fomentar o parto de informações para potencializar o exercício da autonomia da gestante, inviabilizando a propositura de nova norma que trate de direitos já anteriormente assegurados, em que pese não exercidos.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Aline. **A Segurança Do Paciente À Luz Do Referencial Dos Direitos Humanos**. Revista de Direito Sanitário, [S. l.], v. 17, n. 2, p. 117-137, 2016. DOI: 10.11606/issn.2316-9044.v17i2p117-137. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/122309>. Acesso em: 14 abr. 2021.

ALBUQUERQUE, Aline. **Direitos Humanos dos Pacientes**. Curitiba: Juruá, 2016.

ALBUQUERQUE, A.; ANTUNES, C. M. T. B. **Tomada de decisão compartilhada na saúde: aproximações e distanciamentos entre a ajuda decisional e os apoios de tomada de decisão**. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 203–223, 2021. DOI: 10.17566/ciads.v10i1.621. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/621>. Acesso em: 5 set. 2021.

AUGUSTO, Luis Fernando. **A evolução da ideia e do conceito de família**. Disponível em: <https://advocaciatpa.jusbrasil.com.br/artigos/176611879/a-evolucao-da-ideia-e-do-conceito-de-familia> Acesso em: 10 jun. 2021.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007

BRASIL. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm Acesso em: 31 jul. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL nº. 435/2019**. Autora: Deputada Janaina Paschoal(PSL/SP). Garante à gestante a possibilidade de optar pelo parto cesariano, a partir da trigésima nona semana de gestação, bem como a analgesia, mesmo quando escolhido o parto normal. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1000262934>. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. Código de Ética Médica – Resolução CFM n. 1.931/2009. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Resolução 368/2015**. Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Disponível em: http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=2892. Acesso em: 22 set. 2021.

CIELLO, Cariny et al. **Parto do princípio. Mulheres em Rede pela Maternidade Ativa. Dossiê da Violência Obstétrica "Parirás com dor"**. 2012. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2021.

COVID-19 - Autonomia do Paciente. Realização de Instituto Ludovico. 2021. Son., color. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=tLoD2DcAU_Q. Acesso em: 4 set. 2021

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Representação da UNESCO no Brasil. Brasília, 1998. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2021.

DINIZ, Carmen Simone Grilo. **Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de um movimento**. Ciênc. saúde coletiva vol.10, nº 3, Rio de Janeiro July/Sept. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v10n3/a19v10n3.pdf>. Acesso em: 10 maio. 2021

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. Em defesa da sociedade. Trad. Mana Ermantina Galvão – São Paulo: Martins fontes, 1999b

FLEINER, Thomas. **O que são direitos humanos?** São Paulo: Max Limonad, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, Martins Fontes, São Paulo, 1987, p. 240.

KIFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e Ônus da Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 527p.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 13ª edição, editora: Saraiva, p.149.

MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, p. 548

Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (BRASIL, 1992) http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm Acesso em: 10 mai. 2021.

PALHARINI, Luciana Aparecida. **Autonomia para quem? O discurso médico hegemônico sobre a violência obstétrica no Brasil.** Cadernus Pagu (online), n. 49, dez. 2017. Disponível em: Acesso em: 08 mai. 2021.

PEREIRA FILHO, Antônio. **Dos princípios aos referenciais – Reflexões.** In: JORGE FILHO, Isac (autor/organizador). Bioética: Fundamentos e reflexões. Rio de Janeiro: Atheneu, 2017. p. 7-14.