



CAMPUS DE JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

**A REDUÇÃO DOS ÍNDICES DE CESÁREAS NO SISTEMA DE SAÚDE
SUPLEMENTAR E O PAPEL DA INFORMAÇÃO NA TUTELA DOS DIREITOS
DAS CONSUMIDORAS**

ESTADO E RESPONSABILIDADE: QUESTÕES CRÍTICAS

LUIZ FELIPE SOARES AGUILAR

JACAREZINHO

2019



CAMPUS DE JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

**A REDUÇÃO DOS ÍNDICES DE CESÁREAS NO SISTEMA DE SAÚDE
SUPLEMENTAR E O PAPEL DA INFORMAÇÃO NA TUTELA DOS DIREITOS
DAS CONSUMIDORAS**

ESTADO E RESPONSABILIDADE: QUESTÕES CRÍTICAS

LUIZ FELIPE SOARES AGUILAR

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão/Linha de Pesquisa: Estado e Responsabilidade: Questões críticas), do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da UENP/ *Campus* de Jacarezinho.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Henrique de Souza Freitas

JACAREZINHO

2019

Ficha catalográfica elaborada pelo autor, através do
Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UENP

Ar	Aguilar, Luiz Felipe Soares A redução dos índices de cesáreas no sistema de saúde suplementar e o papel da informação na tutela dos direitos das consumidoras / Luiz Felipe Soares Aguilar; orientador Paulo Henrique de souza Freitas Jacarezinho, 2019. 159 p. Direito) - Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2019. 1. Planos de saúde. 2. Integridade física. 3. Bioética. I. Freitas, Paulo Henrique de souza, orient. II. Título.
----	---

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ

LUIZ FELIPE SOARES AGUILAR

**A REDUÇÃO DOS ÍNDICES DE CESÁREAS NO SISTEMA DE SAÚDE
SUPLEMENTAR E O PAPEL DA INFORMAÇÃO NA TUTELA DOS DIREITOS
DAS CONSUMIDORAS**

Essa dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

Banca examinadora em 29 de março de 2019:

Prof. Dr. Paulo Henrique de Souza Freitas

Prof. Dra. Alessandra Cristina Furlan

Prof. Dr. José Claudio Domingues Moreira

**JACAREZINHO
2019**

O presente trabalho foi realizado com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

*Em memória de Maria Júlia de Faria Gabriel,
com carinho e admiração.*

AGRADECIMENTOS

Aos colegas da 14ª Turma do Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, cuja convivência nestes dois anos muito me ensinou, contribuindo para meu crescimento científico e intelectual.

Ao Prof. Dr. Paulo Henrique de Souza Freitas, pela atenção, apoio e, principalmente, paciência durante o processo de orientação.

À Universidade Estadual do Norte do Paraná, pela oportunidade de realização do curso de mestrado.

Aos funcionários do Campus de Ciências Sociais Aplicadas de Jacarezinho – Seu Antônio, Tia Izô, Dona Mercedes, Fábio, Vinícius, Wanessa, Zezé e Natalina –, pelo auxílio, sempre acompanhado de muito amor e carinho, nesses últimos dois anos.

Aos meus primeiros alunos, 51ª Turma Alcooteia do Curso de Direito, alunos transferidos em regime de adaptação e profissionais inscritos no Curso de Extensão em Pesquisa Científica em Direito, da Universidade Estadual do Norte do Paraná, por me ensinarem muito mais que aprenderam.

Aos colegas do Grupo de Pesquisa Responsabilidade Internacional do Estado e Direitos Humanos, por compartilharem comigo seus conhecimentos.

Ao corpo docente do Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, pelas construtivas provocações.

Aos bibliotecários da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, do Centro Universitário Eurípedes de Marília, da Universidade de Marília, do Campus de Marília da Universidade Estadual Paulista e Júnior e Epaminondas – do Campus de Ciências Sociais Aplicadas de Jacarezinho –, pelo apoio abnegado.

Aos professores do Departamento de Direito Privado e de Processo Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, por me despertarem o prazer pelo Direito Civil.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), pela concessão de bolsa de mestrado e pelo apoio financeiro para a realização desta pesquisa.

Às Professoras Dra. Carla Bertoncini e Dra. Alessandra Cristina Furlan, pelas contribuições fundamentais para esta pesquisa.

Ao meu mestre, Luciano de Camargo Penteado (em memória), por me despertar o prazer pela pesquisa científica.

Aos meus pais, Sérgio Luiz Cruz Aguilar e Valéria Soares Aguilar, e meu irmão, Sérgio Luiz Soares Aguilar, pelo apoio diário.

Ao meu sobrinho, Henrique Colombo Aguilar, pela alegria e ingenuidade contagiantes.

RESUMO

AGUILAR, Luiz Felipe Soares. *A redução dos índices de cesáreas no sistema de saúde suplementar e o papel da informação na tutela dos direitos das consumidoras*. Jacarezinho, 2019. 159f. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão/Linha de Pesquisa: Estado e Responsabilidade: questões críticas), do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná-Campus de Jacarezinho.

Considerando a manutenção de elevados índices de cirurgias cesáreas no sistema de planos privados de assistência à saúde no país – procedimento amplamente abdominal cuja presença de riscos em comparação com o parto normal é extensivamente detalhada na ciência médica como mais frequente e em maior número – e as medidas adotadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar através das Resoluções Normativas 368 e 398 em 2015 e sua relação com o abismo informacional existente entre gestantes, médicos e provedores de planos de saúde, objetiva-se analisar o papel da informação na consideração de princípios de ética biomédica, na proteção dos direitos da personalidade de gestantes e seus bebês, assim como na manutenção da qualidade do mercado de planos de saúde e sua observação pela Agência Nacional de Saúde Suplementar. Para tanto, procede-se a um estudo exploratório de fontes secundárias, notadamente a bibliografia proveniente de artigos científicos e livros das ciências médicas, pesquisas na área dos direitos da personalidade, do direito do consumidor e da ética biomédica, além do estudo exploratório de fontes primárias, como bancos de dados, leis e jurisprudência e do estudo de caso focado nas medidas informacionais adotadas pelo ente regulador voltado à redução dos índices de cesáreas no país. Aos dados obtidos, por fim, aplicou-se o método indutivo. Desse modo, observa-se que a informação exerce papel fundamental na comunicação médico-paciente e na comunicação Estado-paciente, atuando – quando bem estudada empiricamente e aplicada pelos formuladores de políticas públicas e pelos envolvidos nessa relação (médico, operadora e consumidora) – na formação de uma consentimento informado devidamente esclarecido, permite ainda à gestante ponderar princípios éticos com consequências positiva para sua visão do parto e proteção da sua integridade física e do bebê. Observa-se ainda uma relação entre a promoção da tutela da personalidade da mãe e bebê e a manutenção da qualidade do mercado de planos de saúde e seus serviços de assistência pré-natal, parto e pós-parto. Permite-se, assim, concluir que as medidas adotadas pelo ente regulador encontra semelhanças com modelos sugeridos por estudiosos da formação do consentimento informado na escolha da via de parto, mas que sua real efetividade e alcance, bem como a adoção de outras recomendações, são necessárias para a formulação de uma política pública que de fato diminua a assimetria de informação presente nesta relação, alcançando assim a promoção da tutela do direito da personalidade das consumidoras e seus bebês.

Palavras-chave: Planos de saúde. Integridade física. Bioética.

ABSTRACT

AGUILAR, Luiz Felipe Soares. *The reduction of cesarean rates in the supplementary health system and the role of information in the protection of consumers' rights*. Jacarezinho, 2019. 159p. Master's Dissertation presented to the Post Graduation Program in Juridical Science (Concentration Area: Theories of Justice: Justice and Exclusion/Researching Line: State and responsibility: critical questions), from the Center of Applied Social Sciences of Universidade Estadual do Norte do Paraná/Jacarezinho Campus.

Considering the maintenance of high rates of cesarean surgeries in the system of private healthcare plans in the country - a largely abdominal procedure whose presence of risks compared to normal delivery is extensively detailed in medical science as more frequent and in greater numbers - and the measures adopted by the National Agency for Supplementary Health through Normative Resolutions 368 and 398 in 2015 and its relationship with the information gap between pregnant women, physicians and health plan providers, aims to analyze the role of information in the consideration of ethical principles in the protection of the personality rights of pregnant women and their babies, as well as in maintaining the quality of the health insurance market and its observation by the National Supplementary Health Agency. For this, an exploratory study of secondary sources is carried out, especially the bibliography from scientific articles and books of the medical sciences, researches in the area of personality rights, consumer law and biomedical ethics, as well as an exploratory study of sources such as databases, laws and jurisprudence, and the case study focused on the information measures adopted by the regulatory body aimed at reducing cesarean rates in the country. To the obtained data, finally, the inductive method was applied. Thus, it is observed that information plays a fundamental role in physician-patient communication and patient-state communication, when it is well studied empirically and applied by public policy makers and those involved in this relationship (physician, operator and consumer) in the formation of a duly informed informed consent, also allows the pregnant woman to ponder ethical principles with positive consequences for her vision of childbirth and protection of her physical integrity and the baby. It is also observed a relationship between the promotion of the guardianship of the personality of the mother and baby and the maintenance of the quality of the market of health plans and their prenatal, delivery and postpartum care services. It is therefore possible to conclude that the measures adopted by the regulatory body find similarities with models suggested by scholars of informed consent in the choice of delivery method, but that their actual effectiveness and scope, as well as the adoption of other recommendations, are necessary for the formulation of a public policy that in fact reduces the asymmetry of information present in this relationship, thus achieving the promotion of the protection of the right of the personality of the consumers and their babies.

Keywords: Health plans. Personality rights. Bioethics.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 MATERIAIS E MÉTODOS	14
2 CIRURGIAS CESÁREAS E O PROCESSO DE ESCOLHA DA VIA DE PARTO	17
2.1 Riscos e indicações da cirurgia cesárea e a incerteza da pesquisa e prática médica.....	20
2.2 Percepção das gestantes acerca das vias de parto.....	29
3 PRINCÍPIOS DA ÉTICA BIOMÉDICA E A EPIDEMIA DE CESÁREAS	35
3.1 Princípio do respeito pela autonomia	38
3.1.1 Consentimento informado	44
3.2 Princípios da beneficência e da não maleficência	49
3.3 Princípio da justiça.....	52
3.4 Papel da informação na escolha da via de parto e na solução de conflitos entre princípios	54
4 A AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR E A REDUÇÃO DOS ÍNDICES DE CESÁREAS.....	63
4.1 A Agência Nacional de Saúde Suplementar e seus instrumentos de controle e participação	66
4.2 Participação popular e agências reguladoras.....	73
4.3 Movimentos sociais, organizações sociais e controle judicial.....	78
4.4 Do associativismo às resoluções normativas da ANS	81
5 DIREITOS DA PERSONALIDADE DA GESTANTE CONSUMIDORA DE PLANOS DE SAÚDE NO CONTEXTO DA REDUÇÃO DOS ÍNDICES DE CESÁREAS	85
5.1 Direito do consumidor como direito humano fundamental e sua observação na escolha da via de parto	86
5.1.1 Direito à informação em prol da proteção da dignidade humana da consumidora	94
5.1.2 Responsabilidade do Estado no fornecimento de informação às consumidoras e seus desafios	103
5.2 Morbimortalidade materno-infantil: os direitos da personalidade das consumidoras no centro da redução das taxas de cesáreas no sistema de saúde suplementar	109
5.2.1 A informação a favor da proteção da integridade física da mãe e do bebê	123
5.3 Os mecanismos informacionais adotados pelas Resoluções Normativas n. 368 e n. 398	129
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	137
REFERÊNCIAS	140

INTRODUÇÃO

Os planos privados de assistência à saúde encontram-se hoje no centro de discussão dos elevados índices de cirurgias cesáreas, fenômeno comum à maioria dos países mas que apresenta taxas alarmantes nesse mercado no Brasil.

Esse aumento encontra-se diretamente relacionado com o desenvolvimento socioeconômico e mudanças nas perspectivas de planejamento familiar. Além disso, colaboram para essas elevadas taxas as mudanças na forma de consumo de serviços de saúde e na modalidade de pagamentos dos serviços médicos, fatores relacionados diretamente com a ampliação deste mercado.

A incorporação de avanços científicos mudou a prática obstétrica, reduzindo a mortalidade materna e perinatal enquanto trouxe consigo a medicalização do parto, com a utilização excessiva de intervenções obstétricas como a cirurgia cesárea. O aumento crescente dessa via de parto conduziu a repercussões negativas, tanto econômicas como de saúde. Ao Estado, dotado do relevante papel de estímulo e regulação em saúde, cumpre articular políticas coerentes com a compreensão e atuação dos diferentes atores envolvidos – operadoras, hospitais, médicos e pacientes – a fim de fundamentar adequadamente suas decisões normativas e práticas regulatórias.

O nascimento é um momento íntimo, e a mulher possui razões variadas para prevalecer seus valores e preferências na escolha de via de parto. Tratam-se de motivações deveras heterogêneas, marca do próprio pluralismo presente hoje em dia na sociedade.

O fato de grande parte dessas intervenções serem realizadas sem indicações médicas que as justifiquem, por sua vez, coloca em evidência a atuação de médicos obstetras e o respeito aos princípios da ética biomédica. A prevalência entre este procedimento de cesariana a pedido materno (ou seja, um procedimento eletivo quando as evidências clínicas apontam pela possibilidade de se realizar o parto vaginal) pode indicar a priorização da autonomia da gestante no controle de seu corpo e sua gestação, por outro lado, sugere-se que essa autonomia esconde uma prática profissional em saúde que privilegia o retorno financeiro de médicos e a comodidade de agendar procedimentos cesáreos em prejuízo ao processo natural do parto.

Este tema ganha relevância diante dos riscos que carrega a mães e bebês – significativamente maiores que nos partos normais – além da ameaça que traduz à alocação de recursos humanos e financeiros.

Diante deste cenário, a informação surge como instrumento libertador e garantidor dos direitos da gestante consumidora de serviços de saúde, seja por subsidiar uma formação de consentimento de fato informado, necessário à proteção de sua autonomia, seja por permitir que a mãe proteja sua integridade física e de seu filho.

Este direito à informação não traduz apenas o instrumento de promoção ao respeito à autonomia do paciente mas é direito assegurado ao consumidor que contrata serviços médicos, ocasião onde o abismo técnico ameaça ainda mais a liberdade da gestante e sua integridade física.

Neste contexto, mecanismos de informação ao público surgem não só como instrumento de garantia da autonomia das mulheres como também permitem sua atuação pertinente na democracia participativa atinente à formulação de normas e condutas, uma aplicação da regulação econômica direcionada à construção da cidadania e de um quadro de inclusão, que contribui com a emancipação da mulher e afirmação de sua autonomia e de seus valores.

Por outro lado, essa informação esbarra nos medos e ansiedades que envolvem uma das experiências mais marcantes e significativas na vida da mulher, e não pode ser simplificada num varejo de proposições. A variedade de modelos informacionais acerca do tema e sobre o alcance e meios de disseminação mostra que se trata de tema complexo e sensível.

Dentro do contexto social médico, altos índices de cesárea chamam atenção por colocar em cheque a integridade profissional de obstetras e ilustrar uma prática médica e consumerista centrada na tecnificação desnecessária de procedimentos de saúde. No campo da regulação econômica, por sua vez esclarecem como a assimetria de informação entre médico e paciente traz consequências danosas à saúde, bem como econômicas às operadoras de planos de saúde.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar editou normas voltadas à diminuição destes índices. Essa atuação do ente regulador, enquanto possa indicar a preocupação dos formuladores de políticas públicas sobre este tema de relevante apelo social e mercadológico é, na verdade, fruto de determinação judicial provocada pela representação de movimento social voltado à luta pelos direitos reprodutivos da mulher. Essa relação requer que sejam estudadas a origem dessa regulamentação bem como as medidas adotadas a fim de diminuir a assimetria de informação entre consumidoras e fornecedores de serviços médicos e proporcionar escolhas mais acertadas sobre a via de parto.

Assim, a questão da epidemia de cesáreas no Brasil, tema multidisciplinar que guarda relação com diversas áreas da ciência e do Direito, traduz uma das questões éticas de maior complexidade na atualidade.

1 MATERIAIS E MÉTODOS

A presente pesquisa partiu da hipótese que as medidas adotadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar na edição das resoluções normativas n. 368 e 398, a partir de 2015, não são suficientes para proporcionar a redução dos índices de cesárea uma vez que constituem medidas insatisfatórias para corrigir a assimetria de informação das consumidoras gestantes a respeito dessa modalidade de parto.

Com o objetivo flagrante de aumentar o escopo do conhecimento acerca do tema e compreender o fenômeno da epidemia de cesáreas no Brasil e no mundo, procedeu-se com um estudo exploratório de fontes secundárias, notadamente da bibliografia proveniente de artigos científicos e livros do âmbito acadêmico, além do estudo exploratório de fontes primárias, como bancos de dados (Sistema de Informações de Nascidos Vivos, do Ministério da Saúde, e o Sistema IBGE de Recuperação Automática, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). Nesta etapa enriquecedora da pesquisa, os dados obtidos permitiram delinear os riscos e indicações para as diferentes vias de parto e a formação da percepção das mulheres e da própria comunidade acerca da gestação e do parto. Nesta fase, dados quantitativos atuaram apenas como apoio à análise qualitativa.

Em seguida, estudou-se a repercussão das relações entre obstetras e gestantes na escolha da via de parto no contexto de ética biomédica, etapa cuja pesquisa focou no estudo exploratório de produção bibliográfica tanto do direito como da ética médica aplicada. Aqui, os dados obtidos passaram por análise qualitativa que permitiu evidenciar uma linha que conduziria essa pesquisa: a relação entre a informação fornecida e o comportamento de consumidoras e médicos. Neste caso, a relação entre informação e a solução de conflitos entre princípios da ética biomédica que ocorrem na escolha da via de parto.

A terceira etapa da pesquisa consistiu num estudo exploratório calcado na estratégia do estudo de caso focada nas medidas tomadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar no fornecimento de informação acerca da via de parto para as consumidoras de serviços privados de saúde e parto.

Um estudo de caso de natureza exploratória, segundo Yin, salienta questões do tipo “o que”, podendo abordar indagações como “quantos”¹. A presente pesquisa tem como fundamento lógico justificável a indagação de “o que pode ser feito para assegurar a autonomia e integridade física de consumidoras gestantes no processo de escolha do parto?”; bem como

¹ YIN, Robert K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. 2. Ed. Porto Alegre: Bookman, 2001, p. 25.

“quais os resultados práticos das medidas informacionais adotadas a partir das novas resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar?”. Essas indagações fornecem pouca base para uma generalização científica que contemplem populações ou universos, uma vez que partem de um caso único, mas permitem propor generalizações teóricas enriquecedoras. Neste ponto, o estudo de caso aqui proposto traduz um mecanismo exploratório que busca investigar de forma cuidadosa a relação entre movimentos sociais e poder judiciário e a consequente formulação de políticas de regulação econômica em saúde suplementar.

Neste caso, antecipa-se que os dados coletados, interpretados a partir do referencial teórico vasto contemplado na pesquisa, podem sugerir que a relação entre movimentos sociais e poder judiciário para alteração de políticas públicas, embora assegure àqueles uma voz impossível de se atingir seguindo os procedimentos de participação popular em voga no país, pode eventualmente colaborar para formulação de políticas que atravessam o desenvolvimento científico sobre o tema contemplado, ainda que encontrem conformidade com as construções teóricas e jurisprudenciais que promovem um direito do consumidor fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana e a tutela dos direitos da personalidade das gestantes consumidoras de serviços de pré-natal e parto.

A etapa posterior contou também com estudo exploratório de fontes relacionadas ao direito do consumidor, como códigos, leis especiais e julgados (fontes primárias), além da doutrina jurídica desta disciplina (fontes secundárias). Os dados foram analisados e indicaram a responsabilidade pelo acesso à informação tanto de fornecedor como do Estado, essa análise qualitativa permitiu ainda demonstrar como a adoção de políticas públicas de comunicação de risco podem sugerir uma atuação dessa natureza à epidemia de cesáreas, apesar da delicadeza do tema e dificuldade metodológica e científica que o orbita.

Posteriormente, prosseguiu-se a um estudo dos direitos da personalidade com enfoque nos direitos à integridade física e à vida. Nesta etapa, a pesquisa também foi exploratória de fontes secundárias (livros e artigos científicos da área do direito da personalidade) e primárias (legislação), e os dados foram analisados com outros das etapas anteriores da pesquisa, permitindo também indicar modelos de informação em saúde que se adequavam aos dilemas éticos provocados pela responsabilidade com feto e sua saúde.

Dessa forma, utilizando o método indutivo, essa pesquisa buscou demonstrar a hipótese que as políticas adotadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar focadas ao esclarecimento das mulheres são insuficientes para corrigir sua falta de informação acerca das vias de parto, ainda que encontrem respaldo na construção teórica acerca da proteção dos

direitos da personalidade do consumidor, especialmente das gestantes atendidas pelo sistema de saúde suplementar.

2 CIRURGIAS CESÁREAS E O PROCESSO DE ESCOLHA DA VIA DE PARTO

O crescimento dos índices de cirurgias cesáreas é tendência global e não é acompanhado pelo aumento de riscos ou de indicações médicas que o justifique², assim como não encontra paralelo no aumento de emergências obstétricas³, fator indicativo de que a maioria delas é realizada por requisição das gestantes, a chamada cesariana a pedido materno ou apenas cesariana a pedido. Por outro lado há relação significativa entre esse aumento das taxas de cesáreas e o desenvolvimento socioeconômico⁴, colocando a cesárea como a cirurgia amplamente abdominal entre as mais frequentes no mundo e sendo constantemente relacionada pelas consumidoras a um bom padrão de atendimento⁵, o que permite caracterizá-la como um bem de consumo no Brasil⁶.

Além das condições socioeconômicas das gestantes, autores relacionam ainda o crescimento dos índices de cesáreas com as mudanças na forma de consumo de serviços de saúde marcada pela expansão dos planos privados de assistência à saúde e seguros-saúde em diversos países. É o caso da pesquisa de Einarsdóttir et al, que relacionou os incentivos fiscais

² LITORP, Helena. et al. 'What about the mother?': women's and caregivers' perspectives on caesarean birth in a low-resource setting with rising caesarean section rates. *Midwifery*, n. 31, p. 713-720(713), 2015. Open access. Disponível em: <<https://www.midwiferyjournal.com/>>. Acesso em: 30 ago. 2018. A título de exemplo, no Irã, os índices de cirurgia cesárea saltaram de 14,3% do total de partos em 1978 para 40%; já na Inglaterra, enquanto em 1950 o índice era de 2%, em 2000 o país apresentou 20% de cirurgias cesáreas, sendo metade delas eletiva (cesariana a pedido). GHOTBI, Fatemeh. et al. Women's knowledge and attitude towards mode of delivery and frequency of cesarean section on mother's request in six public and private hospitals in Tehran, Iran, 2012. *Journal of Obstetrics and Gynaecology Research*, v. 40, n. 5, p. 1257-1266(1262-1263), mai. 2014; No Brasil, os índices de cirurgias cesáreas apresentam crescimento desde 1990, superando os de partos vaginais em 2010. DOMINGUES, Rosa Maria Soares Madeira. et al. Processo de decisão pelo tipo de parto no Brasil: da preferência inicial das mulheres à via de parto final. *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, n. 30. p. 101-116(102), mai. 2014. Suplemento 1.

³ GHOTBI, op. cit. p. 1258.

⁴ Nos estudos de Ghotbi et al, relacionou-se a opção pela cirurgia cesárea eletiva no Irã com o elevado nível de educação, assim como de condição socioeconômica e de idade das mães, além da preferência por ter um ou poucos filhos. (Idem, 1258-1264); Domingues et al, por sua vez, demonstraram a proporção desigual de cesarianas no Brasil, predominando entre mulheres de maior idade e escolaridade, primíparas (que terão o primeiro filho), consumidoras de serviços privados durante o pré-natal e residentes nas regiões Sul, Sudeste e Centro-oeste. (DOMINGUES, op. cit. p. 102).

⁵ Idem, p. 102.

⁶ Neste sentido, esclarecedora a constatação de Gama et al ao analisar o crescimento dos índices de cesáreas sem indicação clínica entre adolescentes: "O acesso a esta via de parto extrapola a indicação clínica e a preferência das mulheres, comprometendo o futuro reprodutivo das adolescentes com a realização de sucessivas cesarianas nas gestações posteriores. A cesariana é influenciada pela assistência recebida no pré-natal, pela fonte de pagamento do parto e outros fatores socioeconômicos, sugerindo que, no Brasil, o parto cirúrgico é um bem de consumo." GAMA, Silvana Granado Nogueira da. et al. Fatores associados à cesariana entre primíparas adolescentes no Brasil, 2011-2012. *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 30, p. S117-S127(S118), 2014. Suplemento 1.

promovidos em favor dos planos de saúde na Austrália entre 1997 e 2000 com o aumento nas intervenções cirúrgicas no parto nos anos subsequentes⁷.

No Uruguai, por sua vez, notou-se um crescimento de cirurgias não-complexas como cesarianas a partir do momento que o pagamento por ato médico individualizado passou a compor uma parcela maior das receitas dos médicos, especialmente o setor privado de cirurgiões e anestesistas⁸. Este sistema de remuneração por procedimento é o mesmo adotado no sistema de saúde suplementar no Brasil⁹.

Como explica Domingues et al, na saúde suplementar, o pré-natal e o parto são realizados geralmente pelo mesmo médico credenciado escolhido pela paciente e as maternidades – também credenciadas ou, em alguns casos, pertencentes ao plano de saúde –, possuem corpo clínico aberto no qual o médico apenas utiliza a estrutura hospitalar sem manter vínculo empregatício com o serviço¹⁰. Neste modelo, o médico é pago pela operadora de acordo com os procedimentos executados e raramente os partos são assistidos por enfermeiras obstétricas e obstetrites nesse setor¹¹.

A Organização Mundial da Saúde, neste sentido, sugere que, antes da renda das gestantes, aparecem como fatores preponderantes do aumento das cirurgias cesáreas a capacidade do sistema de saúde de prestar esta assistência e seu perfil de recursos humanos, bem como sua forma de financiamento, alertando assim que fatores relacionados ao sistema de saúde vêm sendo esquecidos frente às discussões acerca da escolha das gestantes e preferências dos médicos¹².

⁷ EINARSDÓTTIR, Kristjana. et al. Increase in caesarean deliveries after the Australian private health insurance incentive policy reforms. *Plos One*, São Francisco, v. 7, n. 7, 1-5(1), jul. 2012. Open access. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3402394/>>. Acesso em: 16 dez. 2018.

⁸ TRIUNFO, Patricia; ROSSI, Máximo. The effect of physicians' remuneration system on the Caesarean section rate: the Uruguayan case. *International Journal of Health Care Finance and Economics*, Nova Iorque, v. 9, p. 333-345(344), 2009.

⁹ GAMA, op. cit., p. S118.

¹⁰ DOMINGUES, op. cit., p. 102.

¹¹ TORRES, Jacqueline Alves. et al. Cesariana e resultados neonatais em hospitais privados no Brasil: estudo comparativo de dois diferentes modelos de atenção perinatal. *Caderno de Saúde pública*, Rio de Janeiro, n. 30. p. 220-231(221), mai. 2014. Suplemento 1.

¹² LAUER, Jeremy A. et al. Determinants of caesarean section rates in developed countries: supply, demand and opportunities for control. Genebra, 2010. (World Health Organization world health report background paper, n. 29). Disponível em: <<http://www.who.int/healthsystems/topics/financing/healthreport/29DeterminantsC-section.pdf>>. Acesso em: 26 mai. 2017, p. 4. Também neste sentido, Osis et al: "Seria fácil concluir que a responsabilidade pelo aumento dos índices de cesáreas recai sobre os participantes deste processo, isto é, os médicos. Atribuir a estes profissionais a inteira responsabilidade pelo excessivo número de cirurgias cesáreas seria simplista, uma vez que ignoraria os aspectos interativos da relação entre médicos e mulheres, bem como o contexto social mais amplo do atual sistema de saúde onde estes se situam." OSIS, Maria José Martins Duarte. et al. The opinion of Brazilian women regarding vaginal labor and cesarean section. *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, Londres, v. 75, p. S59-S66(S65), nov. 2001. Supplement 1, tradução nossa de: "It would be easy to conclude that the responsibility for the high cesarean section rate falls over the other participants in this process, i.e. the doctors. To attribute to these professionals the entire responsibility for the excessive number of cesarean

Enquanto em 1994 as cirurgias cesáreas correspondiam a 37,79% do total de partos documentados no país, em 2017 este índice refletiu 55,71% das vias de parto de todos os nascidos vivos¹³. Na saúde suplementar, contudo, cesarianas representaram, em 2013, 84,6%¹⁴ dos partos, refletindo a influência do setor privado de assistência à saúde neste número. Trata-se de índice significativamente maior que o recomendado pela Organização Mundial da Saúde, a qual recomenda que as taxas em qualquer região devem permanecer abaixo de 15% dos nascimentos¹⁵.

Domingues et al também demonstraram, em pesquisa no setor de saúde público e privado, que o índice de cesáreas era três vezes maior que a preferência original das gestantes e chamaram atenção para o fato que, enquanto na década de 1990, a preferência inicial pela cesárea era inferior a 20% das pacientes em ambos os setores, ela alcança hoje 36,1% das consumidoras de partos com pagamento privado e pode atingir até 73,2% quando isoladas apenas as multíparas (que já realizaram parto anteriormente) com cesariana anterior também paga¹⁶. Estes dados sugerem uma mudança nas preferências iniciais das gestantes relacionadas à satisfação daquelas que já realizaram cesarianas.

Além das consequências negativas da cirurgia cesárea sobre a saúde de mães e recém-nascidos, no ponto de vista econômico, chama atenção o potencial que o crescimento nos índices de cesáreas têm de desviar recursos humanos e financeiros de outras intervenções prioritárias¹⁷.

Diante disso tudo, apesar de julgar-se normal a escolha do local de nascimento, bem como da presença de acompanhante ou do uso de anestesia por parte da gestante, a cesariana a pedido vem se mostrando uma controvérsia ética contemporânea¹⁸.

sections would be simplistic, as it would ignore the interactive aspects of the relationship between doctors and women, as well as the wider social context of the current health system where both are placed."

¹³ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Sistema de Informações sobre Nascidos Vivos (SINASC)*. Disponível em: <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/defthtm.exe?sinasc/cnv/nvuf.def>>. Acesso em: 15 dez. 2018. Em 1994, o SINASC aponta 2.571.571 (dois milhões, quinhentos e setenta e um mil e quinhentos e setenta e um) nascidos vivos; destes, 393.053 (trezentos e noventa e três mil e cinquenta e três) tiveram a via de parto ignorada, não entrando na conta do índice de cesárea e parto vaginal. Em 2017, de um total de 3.919.928 (três milhões, novecentos e dezenove mil e novecentos e vinte e oito) nascidos vivos, 2.634 (dois mil seiscentos e trinta e quatro) também tiveram a via de parto ignorada, não entrando na formação do índice.

¹⁴ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Nota técnica nº 703/2014*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Participacao_da_sociedade/consultas_publicas/cp5556/nota703.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2016.

¹⁵ LAUER, op. cit., p. 5.

¹⁶ DOMINGUES, op. cit., p. 108-110.

¹⁷ LAUER, op. cit., p. 5; LITORP, op. cit., p. 713.

¹⁸ KINGDON, Carol. et al. Choice and birth method: mixed-method study of caesarean delivery for maternal request. *BJOG: An International Journal of Obstetrics and Gynaecology*, v. 116, p. 886-895(886), mai. 2009.

2.1 Riscos e indicações da cirurgia cesárea e a incerteza da pesquisa e prática médica

Apesar de indubitável que a cesariana vem se tornando mais segura¹⁹, muitos riscos são apontados a este procedimento, tanto para a mãe como para o bebê, e são significativamente maiores que no parto vaginal, mesmo quando realizadas de maneira eletiva e planejada²⁰, aumentando nos casos de mães que já passaram por uma operação cesárea anterior²¹.

Alguns riscos apontados para a mãe são exclusivos da característica do parto cesáreo como cirurgia: feridas localizadas, infecção pélvica, do trato respiratório e urinário, embolia pulmonar, trombose venosa, bem como riscos de complicações da anestesia²².

Além disso, cesáreas podem ainda demandar maior tempo de recuperação, além de 6% dos casos de cirurgias cesáreas eletivas apresentarem complicações como lacerações e sangramento, atingindo a taxa de 15% nas cesáreas de emergência²³.

Outros riscos existem também no parto vaginal, porém são maiores no parto cesáreo, entre eles estão o risco de aderência da placenta, de ruptura uterina, de admissão em cuidado intensivo, de histerectomia, de problemas futuros de fertilidade e de mortalidade tanto fetal quanto neonatal²⁴.

A mortalidade neonatal, caracterizada pelos óbitos de zero a vinte e sete dias de vida, ganha relevância uma vez que os riscos ao recém-nascido relacionados à cirurgia cesárea a pedido – como, entre outros, incidência de prematuridade, síndrome da angústia respiratória, necessidade de cuidados intensivos e interferência negativa na amamentação – são mais frequentes que nos bebês nascidos por via vaginal²⁵.

¹⁹ Assim, DOMINGUES, op. cit., p. 113; WEAVER, Jane J.; STATHAM, Helen; RICHARDS, Martin. Are there "unnecessary" cesarean sections? Perceptions of women and obstetricians about cesarean sections for nonclinical indications. *Birth*, v. 34, n. 1, p. 32-41(39), mar. 2007; ECKER, Jeffrey L. Once a pregnancy, always a cesarean? Rationale and feasibility of a randomized controlled trial. *American Journal of Obstetrics and Gynecology*, Filadélfia, v. 190, p. 314-318(315), fev. 2004; HANNAH, Mary E. *Planned elective cesarean section: A reasonable choice for some women?* *CMAJ: Canadian Medical Association Journal*, v. 170, n. 5, p. 813-814(813), mar. 2004; Minkoff e Chervenak associam esse aumento da segurança com a evolução conjunta de técnicas cirúrgicas, anestesia, controle de infecções e bancos de sangue. MINKOFF, Howard; CHERVENAK, Fank A. Elective primary cesarean delivery, *The New England Journal of Medicine*, v. 348, n. 10, p. 946-950(946), mar. 2003.

²⁰ GAMA, op. cit., p. S118.

²¹ Assim: GHOTBI, op. cit., p. 1258; GAMA, op. cit., p. S118.

²² GHOTBI, op. cit., p. 1258.

²³ HANNAH, op. cit., p. 813.

²⁴ GHOTBI, op. cit., p. 1258.

²⁵ FRANÇA, Elisabeth; LANSKY, Sônia. Mortalidade infantil neonatal no Brasil: situação, tendências e perspectivas. In: Rede Interagencial de Informações para Saúde (org.). *Demografia e saúde: contribuição para análise de situação e tendências*. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, p. 83-112(95), 2009.

Até o fim da década de 1980 a mortalidade infantil era composta predominantemente pelos óbitos pós-neonatais – aqueles de 28 dias a um ano e que estão relacionados predominantemente às condições socioeconômicas –, desde a década de 1990, porém, o componente neonatal vem prevalecendo²⁶, o que sugere a importância dos fatores ligados à gestação, ao parto e ao pós-parto nesses índices.

A mortalidade infantil no Brasil diminuiu de 23,59 por 1.000 nascidos vivos em 2000 para 11,71 por 1.000 nascidos vivos em 2015²⁷ e um quarto das mortes infantis acontece nas primeiras vinte e quatro horas após o nascimento²⁸. É um número alto apesar de 98,4% dos partos no Brasil ocorrerem em hospitais e 88,7% serem assistidos por médicos, o que caracteriza o denominado paradoxo perinatal brasileiro, identificado pela extensa medicalização do parto acompanhado da manutenção de altas taxas de morbi-mortalidade materna e perinatal²⁹, fator que reforça a necessidade de se adotar ações orientadas a melhorar a assistência disponível às gestantes e próximas das melhores evidências médicas³⁰.

Outros riscos, por sua vez, são menores no parto cesáreo que no parto vaginal, principalmente no caso de incontinência urinária da mãe³¹, além de anormalidades na frequência cardíaca fetal e prolapso do cordão umbilical³². Hannah lembra ainda que, embora

²⁶ FRANÇA; LANSKY, op. cit., p. 84.

²⁷ BRASIL. *Portal brasileiro de dados Abertos*. Disponível em: < http://dados.gov.br/dataset/mspainelsage_70>. Acesso em: 6 jan. 2018.

²⁸ LANSKY, Sônia. et al. Pesquisa Nascer no Brasil: perfil da mortalidade neonatal e avaliação da assistência à gestante e ao recém-nascido. *Caderno de Saúde pública*, Rio de Janeiro, n. 30. p. 192-207(193), mai. 2014. Suplemento 1.

²⁹ Idem, p. 193; Outro paradoxo importante de se anotar aqui – e que contempla não só a realidade brasileira mas toda a medicina moderna e os países que a aplicam –, refere-se à explosão de gastos da assistência sanitária em completa oposição com o sucesso flagrante da medicina moderna. (CAPRARA, Andrea; RODRIGUES, Josiane. A relação assimétrica médico-paciente: repensando o vínculo terapêutico. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 9, n. 1, p. 139-146(140), 2004).

³⁰ LANSKY, op cit, p. 204: “Óbitos de recém-nascidos a termo por asfixia intraparto e óbitos por prematuridade tardia representaram aproximadamente 23% do total e expressam a evitabilidade dos óbitos, com possibilidade de maior impacto em menor prazo com a implementação das práticas recomendadas no parto e nascimento, uma vez que há disponibilidade de serviços. Para a maior redução da mortalidade neonatal no Brasil será necessário o reforço das políticas públicas com medidas mais diretamente relacionadas à qualificação da atenção de saúde. Primeiramente, a implementação da rede regionalizada de atenção perinatal. Segundo, o investimento na implementação das práticas baseadas em evidências científicas e qualificação dos processos assistenciais nos serviços de pré-natal, e, em particular, os que atendem ao parto e nascimento. Por um lado a rede de atenção perinatal deve assegurar à gestante e ao recém-nascido o acesso em tempo oportuno ao serviço com o nível adequado de complexidade. Por outro, é necessário garantir o acesso às melhores práticas assistenciais disponíveis no conhecimento atual e reduzir o grave e generalizado distanciamento entre as práticas de atenção ao parto no Brasil e as recomendações baseadas em evidências científicas. Exemplo seria o acompanhante durante o trabalho de parto, ainda incipiente no país, apesar de direito garantido por Lei Federal no Brasil desde 2005.”

³¹ HANNAH, op. cit., p. 814; ECKER, op. cit., p. 315; MINKOFF; CHERVENAK, op. cit., p. 946.

³² HANNAH, op. cit., p. 814; O prolapso do cordão umbilical ocorre quando ele se apresenta a frente do feto na cavidade vaginal e, com a expulsão deste, acaba sendo comprimido causando falta de oxigênio para o feto dentro do útero, a chamada hipóxia ou hipoxemia fetal. (Assim, MOLDENHAUER, Julie S. *Prolapso do cordão umbilical*, disponível em: <<https://www.msmanuals.com/pt-br/profissional/ginecologia-e-obstetr%C3%ADcia/>>

os músculos do assoalho pélvico possam ser treinados a fim de reduzir os riscos de incontinência urinária pós-parto, esses exercícios muitas vezes não são prescritos pelos médicos³³, o que reforça que o papel da informação ultrapassa em muito a simples descrição da rotina do parto e tem consequências diretas na saúde materna após a gestação.

Além disso, a existência do possível desconforto de uma incontinência urinária por tempo prolongado ganha relevância na escolha de via de parto na contemporaneidade, justificando escolhas focadas na qualidade de vida e influenciadas pelo aumento da média de idade do primeiro filho e por um planejamento familiar focado em ter um ou poucos filhos³⁴.

Em pesquisa conduzida por Land et al, direcionada a 478 obstetras atuantes na Austrália e Nova Zelândia e focada na escolha destes acerca da via de parto, apenas 11% deles responderam que fariam uma cirurgia cesárea sem indicação médica, principalmente em decorrência do medo do risco de incontinência fecal e urinária prolongada prevalecente no parto vaginal. Quando, por outro lado, foram os respondentes questionados se fariam uma cesárea eletiva sem indicação clínica em suas pacientes, 66% deles responderam que sim³⁵.

Ao comprar a pesquisa conduzida por Land et al com os resultados apontados por Domingues et al, é flagrante a inversão de incidência na justificativa dada para escolha de parto cesáreo: enquanto as gestantes primíparas consumidoras de serviços privados de saúde respondentes da pesquisa brasileira elencaram o medo do parto vaginal como justificativa prioritária (69%)³⁶, apenas 7,4% dos médicos respondentes na pesquisa da Oceania³⁷ consideraram essa justificativa na escolha da cesárea como via de parto, o que sugere que os obstetras não revelam suas próprias crenças a respeito do parto em geral ou são incapazes de transmitir essa visão às pacientes.

anormalidades-e-complica%C3%A7%C3%B5es-do-trabalho-de-parto-e-do-parto/prolapso-do-cord%C3%A3o-umbilical>, acesso em 23. dez. 2018).

³³ HANNAH, op. cit., p. 814.

³⁴ Assim, MINKOFF; CHERVENAK, op. cit., p. 946.

³⁵ A pesquisa fora respondida por médicos obstetras e médicas obstetrizes, aos do sexo masculino, fora requisitado que se colocassem no lugar de suas companheiras, grávidas pela primeira vez e sem complicações. LAND, Russel. et al. Personal preferences of obstetricians towards childbirth. *The Australian and New Zealand Journal of Obstetrics and Gynaecology*, v. 41, n. 3, p. 249-252(249-250), ago. 2001; Com poucas diferenças no procedimento de pesquisa, Gonen, Tamir e Degani, questionando obstetras israelenses, obtiveram resultados semelhantes: de 257 médicos, apenas 9% responderam que prefeririam cesáreas eletivas para si mesmos, enquanto 45% defenderam o direito da gestante em escolher a cirurgia cesárea sem indicação médica e 50% salvaguardaram a obrigação do obstetra de expor essa opção às grávidas. GONEN, R; TAMIR, A; DEGANI, S. Obstetricians' opinions regarding patient choice in cesarean delivery. *Obstetrics & Gynecology*, v. 99, n. 4, p. 577-580(570), abr. 2002.

³⁶ DOMINGUES, op. cit., p. 110.

³⁷ LAND et al, op. cit., p. 250.

Uma vez se tratando de uma intervenção médica de caráter cirúrgico, o uso da cesárea deveria sempre ser baseado em evidências médicas de risco e benefício³⁸. O crescimento na segurança deste procedimento, tanto para a mãe como para o bebê, e a já mencionada presença de riscos no parto vaginal, embora muitas vezes menor que no parto cesáreo, pode justificar uma mudança na forma como médicos encaram a balança risco-benefício dessas duas vias de parto³⁹.

Entre as indicações médicas para cesárea está a placenta prévia⁴⁰, ou placenta de inserção baixa, que ocorre quando a placenta provoca obstrução total ou parcial do colo do útero, local de saída do bebê num parto vaginal⁴¹. Outra indicação aceita pacificamente pela obstetrícia para parto cesáreo é a desproporção cefalopélvica⁴², na qual a pelve materna não é larga suficiente para permitir a passagem da cabeça ou do corpo do bebê⁴³.

Ainda que a prática obstétrica moderna promova uma dicotomia categórica entre indicativos e não indicativos de cesárea, Kalish, McCullough e Chervenak desafiam essa ideia fundada numa categorização binomial⁴⁴:

[...] por anos, os nascimentos de nádegas eram rotineiramente realizados por via vaginal, porque esse procedimento era considerado seguro para o feto e para a mãe. No entanto, como descobertas desafiaram a noção de que o parto vaginal pélvico é tão seguro quanto o parto cesáreo, a maioria dos obstetras abandonou esse parto pélvico. Outro exemplo é o parto vaginal após parto cesáreo anterior. Embora essa prática tenha se tornado comum na década de 1990 e tenha sido pensada para melhorar os resultados obstétricos, evidências apontam para o fato de que podem haver consequências reais, embora raras, de tal abordagem, e alternativas – isto é, repetir o parto por cesariana – se tornaram mais aceitáveis.⁴⁵

³⁸ Assim, ANDERSON, Geoffrey M. Making sense of rising caesarean section rates: time to change our goals. *BMJ*, v. 329, p. 696-697(696), set. 2004; KALISH, Robin B.; MCCULLOUGH, Laurence B; CHERVENAK, Frank A. Decision-making about caesarean delivery. *The Lancet*, Nova Iorque, v. 367, 883-884(883), mar. 2006.

³⁹ ANDERSON, op. cit., p. 697.

⁴⁰ KALISH; MCCULLOUGH; CHERVENAK, op. cit., p. 883.

⁴¹ PINHEIRO, Pedro. *Placenta prévia*: causas, sintomas e tratamento. Disponível em: <<https://www.mdsaude.com/2017/02/placenta-previa.html>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

⁴² KALISH; MCCULLOUGH; CHERVENAK, op. cit., p. 883.

⁴³ AMERICAN PREGNANCY ASSOCIATION. *Cephalopelvic Disproportion (CPD)*. Disponível em: <http://americanpregnancy.org/labor-and-birth/cephalopelvic-disproportion/>. Acesso em: 8 ago. 2018.

⁴⁴ KALISH; MCCULLOUGH; CHERVENAK, op. cit., p. 883.

⁴⁵ "[...] for years, breech fetuses were routinely delivered vaginally, because this procedure was deemed safe for the fetus and mother. However, because findings have challenged the notion that vaginal breech delivery is as safe as caesarean delivery, most obstetricians have abandoned this breech delivery. Another example is vaginal birth after previous caesarean delivery. Although this practice became common in the 1990s and was thought to improve obstetric outcomes, evidence has pointed to the fact that there might be real, albeit rare, outcomes of such an approach, and alternatives — ie, repeat caesarean delivery — have become more acceptable." Idem, p. 883, tradução nossa.

Como se observa, a obstetrícia é ciência e prática médica em constante alteração, o que pode dificultar sua generalização e engessamento por parte do direito e incentivar a dar voz às gestantes e a disseminar informações verossímeis e acessíveis sobre as possibilidades e consequências das vias de parto.

Casos de placenta prévia ou desproporção cefalopélvica traduzem a ocorrência de suficiente informação indicativa de cesárea. Outras situações na prática obstétrica podem não carregar informações satisfatórias. Nestes casos, medidas voltadas a estimular a participação da mulher na escolha da via de parto e dar voz às suas narrativas e expectativas, bem como a fornecer uma quantidade razoável de informações, permitem confiar o exercício de sua autonomia por meio do consentimento informado àquela que finalmente viverá e carregará as consequências de sua escolha.

Tamanhas mudanças na prática obstétrica no século XX incentivaram uma visão centrada na supremacia da autonomia da paciente, como sintetiza Annas:

Forçar mulheres grávidas a seguir prescrição médica também deposita uma fé injustificada nessa prescrição. Médicos frequentemente discordam sobre indicações de intervenções obstétricas, e podem estar enganados. [...] Em face de tamanha incerteza – incerteza composta por décadas de mudanças e opiniões conflitantes de especialistas sobre o manejo da gravidez e do parto – a primazia moral e legal da gestante competente e informada na tomada de decisões é esmagadora.⁴⁶

Apesar dessa incerteza prática guiar um caminho voltado à garantia da autonomia, seu próprio exercício ainda carece de pesquisas científicas capazes de mensurar a qualidade da informação e sua influência na escolha das vias de parto e manutenção de boas práticas de assistência ao mesmo.

Trata-se de apenas uma parcela da deficiência científica que envolve este tema ainda pouco explorado. Como lembram Lansky et al, são recentes também os estudos sobre qualidade do processo de parto e suas formas de assistência, caminho que deve ser examinado a fim de compreender sua repercussão sobre a mortalidade neonatal e as soluções para essa questão⁴⁷. Assim, embora os impactos negativos em gestantes e recém-nascidos vêm sendo contemplados

⁴⁶ “Forcing pregnant women to follow medical advice also places unwarranted faith in that advice. Physicians often disagree about the appropriateness of obstetrical interventions, and they can be mistaken. [...] In the face of such uncertainty - uncertainty compounded by decades of changing and conflicting expert opinion on the management of pregnancy and childbirth - the moral and legal primacy of the competent, informed pregnant woman in decision making is overwhelming.” ANNAS, George J. Protecting the liberty of pregnant patients. *The New England Journal of Medicine*, n. 316, p. 1213-1214(1213), mai. 1987, Editorial, tradução nossa.

⁴⁷ LANSKY et al, op. cit., p. 193

por um número crescente de estudos, os estudos sobre a qualidade do processo assistencial ainda são incipientes.

Da mesma forma, carece de pesquisa empírica o estudo que avalie a motivação dos cirurgiões obstetras para recomendar cesáreas eletivas⁴⁸ ou sobre quais informações sobre riscos e benefícios são fornecidas por profissionais da saúde às gestantes, nem como elas são apresentadas e discutidas⁴⁹. Por outro lado, a prática médica reconhece o papel da conveniência à agenda do cirurgião, o potencial financeiro do agendamento da cirurgia cesárea e o papel exercido pela preocupação com litígios por erro médico na indicação dos obstetras por essa via de parto⁵⁰.

Algumas destas investigações chegaram perto de propor uma resposta, como Weaver, Statham e Richards, os quais, aplicando questionários endereçados a novecentos e setenta e dois obstetras no Reino Unido com a pergunta “qual, na sua opinião, são as três principais razões para o aumento dos índices de cesáreas no país?”, concluíram que os médicos elencam entre os principais motivos, em ordem de prioridade: a requisição das mães, os litígios e a prática médica defensiva (compreendida como adoção de práticas médicas voltadas à proteção dos médicos contra processos judiciais em detrimento do benefício ou não exposição dos pacientes a riscos desnecessários⁵¹) e a questão da formação dos médicos⁵².

Declercq, Menacker e MacDorman, por sua vez, vão além e apontam que, por mais que a população venha mudando nos Estados Unidos, com a elevação da idade das mães de primeira viagem e o crescimento do número de gêmeos, por exemplo, a maior influência nas alterações dos índices de cesáreas no país se deve a mudanças na prática obstétrica⁵³.

Pesquisa desenvolvida por Ghotbi et al em hospitais no Teerã constatou que mais de 42% das cesáreas realizadas em hospitais privados durante o estudo foram cesarianas a pedido e que, por mais que essas pacientes atendidas no setor particular apresentassem maior nível educacional e socioeconômico, a qualidade da informação a respeito das vias de parto era aquém do esperado e semelhante às gestantes atendidas nos hospitais públicos⁵⁴.

⁴⁸ GHOTBI et al, op. cit., p. 1263.

⁴⁹ WEAVER; STATHAM; RICHARDS, op. cit., p. 39.

⁵⁰ GHOTBI et al, op. cit., p. 1263; Sobre a relação entre o medo de litígio e índices de cesárea nos Estados Unidos, ver ZWECKER, Philip; AZOULAY, Laurent; ABENHAIM, Haim A. Effect of fear of litigation on obstetric care: A nationwide analysis on obstetric practice. *American Journal of Perinatology*, v. 28, n. 4, p. 277-284, abr. 2011.

⁵¹ Assim, TRIUNFO; ROSSI, op. cit., p. 344.

⁵² WEAVER; STATHAM; RICHARDS. op. cit., p. 38, tradução nossa de “what, in your opinion, are the three main reasons for the rising national caesarean section rate?”

⁵³ DECLERCQ, Eugene; MENACKER, Fay, MACDORMAN, Marian. Maternal risk profiles and the primary cesarean rate in the United States, 1991–2002. *American Journal of Public Health*, Washington, v. 96, n. 5, p. 867-872(870), mai. 2006.

⁵⁴ GHOTBI et al, op. cit., p. 1264.

O estudo de Dias, por sua vez, demonstrou que, enquanto 70% das gestantes entrevistadas não tinham preferência por qualquer via de parto no início da gestação, 90% delas realizaram cirurgia cesárea, mesmo apresentando em sua quase totalidade um pré-natal com no mínimo seis consultas⁵⁵. De forma semelhante, em outro estudo, Domingues et al indicaram que aproximadamente 80% das gestantes do setor privado realizaram todo o acompanhamento pré-natal com o mesmo médico⁵⁶.

Enquanto inegável que um número alto de consultas pré-natais e distribuído em meses de aconselhamento pode identificar e solucionar muitos conflitos éticos com considerável antecedência⁵⁷, além de refletir uma troca de informação que assegure a autonomia da gestante, essas pesquisas demonstram como, por razões diversas mas principalmente relacionadas à atuação do médico, consumidoras de planos de saúde acabam participando de um percentual elevado de partos cesáreos clinicamente injustificáveis⁵⁸, sugerindo um aconselhamento enviesado favorável à cesariana⁵⁹.

Neste sentido, Triunfo e Rossi, analisando o crescimento dos índices de cesáreas no sistema privado na cidade de Montevidéu, sugeriram que a relação entre médico e paciente neste setor é marcado por uma pessoalidade maior, uma vez que o pré-natal é realizado com o mesmo médico, e que isso pode desencadear pressões maiores sobre gestantes e familiares a favor da cesárea⁶⁰.

Assim, reforça-se a ideia de que, ainda que presente a certeza de uma epidemia de cesáreas em nível global e diretamente relacionada à atuação médica, à estrutura dos sistemas de saúde e a mudanças no perfil e planejamento familiar das gestantes, bem como presente a certeza dos riscos que essa epidemia carrega, os estudos que contemplam essa questão ainda sustentam-se em evidências incompletas e incertezas que anseiam por uma visão objetiva e

⁵⁵ DIAS, Marcos Augusto Bastos. Trajetória das mulheres na definição pelo parto cesáreo: estudo de caso em duas unidades do sistema de saúde suplementar do estado do Rio de Janeiro. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 5, p. 1521-1534(1531), 2008. Pesquisa realizada a partir do preenchimento de questionários padronizados e pré-codificados – aplicados antes, durante e no momento do parto – com 437 gestantes com média de 28 anos atendidas em duas unidades de saúde suplementar no estado do Rio de Janeiro.

⁵⁶ DOMINGUES et al, op. cit., p. 112.

⁵⁷ Assim, CHERVENAK, Frank A; MCCULLOUGH, Laurence B. Clinical guides to preventing ethical conflicts between pregnant women and their physicians. *American Journal of Obstetrics and Gynecology*, Filadélfia, v. 162, n. 2, p. 303-307(303), fev. 1990.

⁵⁸ DIAS, op. cit., p. 1532; Assim também POTTER, Joseph E. et al. Women's autonomy and scheduled cesarean sections in Brazil: a cautionary tale. *Birth*, v. 35, n. 1, p. 33-40(39), mar. 2008.

⁵⁹ DOMINGUES et al. op. cit., 112; Bergeron, em sentido semelhante, sugere que a educação ao parto e acesso adequado ao pré-natal vêm sendo utilizados para amedrontar as gestantes quando deveria empoderá-las. BERGERON, Veronique. The ethics of cesarean section on maternal request: a feminist critique of The American College Of Obstetricians and Gynecologists' position on patient-choice surgery, *Bioethics*, v. 21, n. 9, p. 478-487(487), 2007.

⁶⁰ TRIUNFO; ROSSI, op. cit., p. 344.

criativa sobre a questão a fim de concretizar de fato a humanização da saúde dessas consumidoras de serviços de assistência ao parto e ao pré-natal num contexto de humanização da saúde coletiva, temática em voga que é “fundamental para aplicação de conhecimentos voltados para a promoção da qualidade de vida”⁶¹.

Essa incerteza não é exclusiva da prática obstétrica: as próprias transformações sofridas pelo cuidado médico na contemporaneidade, como ênfase numa medicina baseada em evidências, avanços tecnológicos e necessidades de saúde pública decorrentes do envelhecimento da população e aumento da frequência de doenças crônicas forçam a reinvenção dos sistemas de saúde a fim de melhorar os cuidados em saúde⁶².

Essa incompletude da compreensão da redução dos índices de cesáreas, por sua vez, tem relação direta com o desenvolvimento dos estudos em medicina: é mais prático e diretamente relacionado ao aperfeiçoamento do combate à doença a fragmentação do homem antes de lidar com sua totalidade. Assim, compreende-se como os riscos das cesáreas são bem documentados enquanto práticas médicas focadas na melhora de serviços pré-natal e de assistência ao parto – relacionadas diretamente com a percepção da gestantes –, encontram-se ainda incipientes.

Essa é a conclusão apontada por Caprara e Rodrigues:

⁶¹ ALEKSANDROWICZ, Ana Maria C; MINAYO, Maria Cecília de Souza. Humanismo, liberdade e necessidade: compreensão dos hiatos cognitivos entre ciências da natureza e ética. *Ciência e Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 513-526 (513), 2005. Neste ponto, impossível não recordar as provocações de Beck a respeito do novo paradigma da sociedade de risco: “Como é possível que as ameaças e riscos sistematicamente coproduzidos no processo tardio de modernização sejam evitados, minimizados, dramatizados, canalizados e, quando vindos à luz sob a forma de ‘efeitos colaterais latentes’, isolados e redistribuídos de modo tal que não comprometam o processo de modernização e nem as fronteiras do que é (ecológica, medicinal, psicológica ou socialmente) ‘aceitável’? Não se trata mais, portanto, ou não se trata mais exclusivamente de uma utilização econômica da natureza para libertar as pessoas de sujeições tradicionais, mas também e sobretudo de problemas decorrentes do próprio desenvolvimento técnico-econômico. O processo de modernização torna-se ‘reflexivo’, convertendo-se a si mesmo em tema e problema. Às questões do desenvolvimento e do emprego de tecnologias (no âmbito da natureza, da sociedade e da personalidade) sobrepõem-se questões do ‘manejo’ político e científico – administração, descoberta, integração, prevenção, acobertamento – dos riscos de tecnologias efetiva ou potencialmente empregáveis, tendo em vista horizontes de relevância a serem especificamente definidos.” BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução Sebastião Nascimento. 2. Ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 24, grifos do autor.

⁶² EVANS, W. Douglas; MCCORMACK, Lauren. Applying social marketing in health care: communicating evidence to change consumer behavior. *Medical Decision Making*, v. 28, n. 5, p. 781-792(782), set./out. 2008. Diniz, em sentido semelhante, enumera entre as inovações das ciências biomédicas: o progresso científico; a socialização do atendimento médico, através dos convênios médicos, democratização da medicina e atendimento massificado; a universalização da saúde; a medicalização da vida, através do aumento na oferta de serviços médicos; a emancipação do paciente, por meio do reconhecimento de seus direitos fundamentais; a criação e o funcionamento dos comitês de ética hospitalar e de pesquisa em humanos; o crescimento no número de instituições não governamentais em decorrência de problemas éticos pela própria evolução tecnológica; a necessidade de um padrão moral em decorrências de inversões de valores a partir do advento de um caráter pluralista da sociedade moderna; e o crescente interesse da ética filosófica e teológica no temas relativos à vida humana. DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 25-29.

O desenvolvimento da bioquímica, da farmacologia, da imunologia e da genética também contribuiu para o crescimento de um modelo biomédico centrado na doença, diminuindo assim o interesse pela experiência do paciente, pela sua subjetividade. As novas e sempre mais sofisticadas técnicas assumiram um papel importante no diagnóstico em detrimento da relação pessoal entre o médico e o paciente. A tecnologia foi se incorporando no exercício da profissão, deixando-se de lado o aspecto subjetivo da relação. Enquanto os avanços tecnológicos mostravam-se significativos, não se percebiam mudanças correspondentes nas condições de vida, como também, não se verificava o aperfeiçoamento das práticas de saúde, como práticas compostas pela comunicação, pela observação, pelo trabalho de equipe, por atitudes fundamentadas em valores humanitários sólidos. Atualmente, existem recursos para lidar com cada fragmento do homem, mas falta ao médico a habilidade para dar conta do mesmo homem em sua totalidade.⁶³

Assim, encontra-se, de um lado, um bem documentado acervo de relações entre anestésias e procedimentos e seus riscos, bem como da interpretação feita por médicos acerca dessas relações; de outro lado, poucas relações são evidenciadas entre as motivações, medos, e percepções das gestantes acerca do nascimento. Essa diferença de comprovações científicas e de suas próprias interpretações tem consequências diretas nas medidas adotadas para redução de índices de cesáreas na saúde suplementar.

A primeira delas é que fomenta a disposição de informações contrastantes e acessíveis ao grande público através de canais que não consideram a habilidade cognitiva das gestantes nem suas escolhas comportamentais, além de dificultar que essa confusão causada seja aliviada por aconselhamento breve do médico⁶⁴.

A outra ponderação vem do fato que a escolha de via de parto, como mencionada, não contempla uma dicotomia exata, carecendo de evidências científicas e clínicas que reforce mudanças específicas como ocorre, por exemplo, na prevenção ao fumo ou no consumo de vegetais. Essa diferença influenciará a forma como informações voltadas para motivar uma mudança comportamental das consumidoras serão apresentadas⁶⁵.

A sugestão apresentada por Evans e McCormack, neste caso que envolve benefícios e riscos que atribuem incerteza aos resultados, reside na adoção de meios informacionais e incentivadores do consentimento informado antes de promoções persuasivas de mudança comportamental como os anúncios nas embalagens de cigarros⁶⁶.

Uma vez incipiente a pesquisa que relacione boas práticas de pré-natal e parto com a produção de resultados positivos e incentivos à adoção do parto vaginal, pode-se dizer que a

⁶³ CAPRARA; RODRIGUES, op. cit., p. 140.

⁶⁴ EVANS; MCCORMACK, op. cit., p. 785.

⁶⁵ Idem, p. 785.

⁶⁶ Idem, p. 785-786.

incorporação de informação e comunicação na saúde é campo ainda distante do objeto de estudo científico, apresentando desafios à sua adoção por parte dos formuladores de políticas regulatórias voltadas ao controle do mercado de saúde suplementar no Brasil, como a definição de informações relevantes e seu acesso e meio de veiculação.

Enquanto podem parecer inofensivas as ponderações acima apresentadas, inclinando os responsáveis pela adoção de um amontoado de informações a fim de garantir a autonomia da gestante, Gebele et al ponderam que inconsistências na precisão, qualidade e quantidade de informações disponíveis à paciente podem desencadear frustrações e dissonâncias psicológicas na escolha de uma tratamento médico, levando-as a escolher apressadamente uma opção entre as disponíveis sem considerá-las com a devida atenção⁶⁷.

Dessa forma, a informação na escolha de via de parto ganha contornos complexos quando se observa seu resultado imprevisível, riscos e benefícios não dicotômicos, atores envolvidos e o comportamento do consumidor. Todos estes são fatores ainda não totalmente contemplados pela pesquisa científica mas cuja urgência dos índices de cesárea na saúde suplementar requisita medidas voltadas à sua redução e à mudança da perspectiva das gestantes acerca do parto vaginal.

Estas medidas certamente passam pelo fornecimento da informação mas apenas creditar a este provimento a garantia da soberania da gestante ignora os efeitos da complexidade da escolha e sua capacidade cognitiva no seu estado psicológico, apurado quando as circunstâncias envolvem não apenas um cuidado médico eletivo mas as transformações significativas que ocorrerão antes, durante e após o parto.

2.2 Percepção das gestantes acerca das vias de parto

Cada mulher desenvolve uma percepção individual acerca das vias de parto de acordo com o contexto médico e hospitalar em que dará à luz, o meio em que vive e suas expectativas⁶⁸, distinções compreensíveis quando se passa a observar o nascimento como “evento histórico e

⁶⁷ GEBELE, Christoph. et al. Applying the concept of consumer confusion to healthcare: development and validation of a patient confusion model. *Health Services Management Research*, v. 27, n. 1-2, p. 10-21(10-11), 2014.

⁶⁸ LITORP et al, op. cit., p. 714.

socialmente construído, de ampla variabilidade cultural e geográfica”⁶⁹. Por outro lado, pode-se afirmar que se trata unanimemente de uma experiência das mais desafiadoras e transformadoras para a mulher em termos de intensidade física, psicológica e social⁷⁰.

O nascimento de um bebê conclui processo que consumiu meses de exposição a informações de riscos e seus reflexos na regulação do corpo quanto à alimentação e exercício físico, o uso de medicação e cosméticos, o tipo de cuidado pré-natal recebido, etc⁷¹.

A escolha da via de parto ocorre dentro de um contexto de pressão cultural na qual a gestante deve sempre escolher pelo melhor para seu bebê, mesmo que isso envolva enorme quantidade de pequenos riscos para ambas as formas de parto que muitas vezes fornecerão ansiedade e estresse no lugar de bem-estar e saúde para mães e bebês ou uma única resposta correta para o nascimento⁷².

Essa escolha não se traduz em processo linear, pelo contrário, muitas vezes, entre as consultas pré-natais, é comum que a gestante mude sua opinião sobre a via de parto escolhida pelo menos uma vez⁷³.

A aquisição de conhecimento de qualquer tipo é um processo dinâmico e, no caso da forma de parto, faz uso de diferentes formas de conhecimentos provenientes de fontes diversas⁷⁴. Este dinamismo não demonstrará apenas a incerteza das gestantes acerca da sua escolha como também sugere que se transforme a visão da autonomia da paciente em casos de decisões quanto à via de parto. É necessário o reconhecimento de que o processo cognitivo

⁶⁹ DINIZ, Carmen Simone Grilo. et al. Implementação da Presença de acompanhantes durante a internação para o parto: dados da pesquisa nacional Nascer no Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, n. 30. p. S140-S153(S141), mai. 2014. Suplemento 1.

⁷⁰ Idem, p. S141.

⁷¹ KUKLA, Rebecca. et al. Finding autonomy in birth. *Bioethics*, Oxford, v. 23, n. 1, p. 1–8(6), 2009.

⁷² Idem, p. 6.

⁷³ A título de exemplo, a pesquisa conduzida por Kingdon et al. em 2009 acompanhando 209 grávidas demonstrou que apenas uma entre aquelas que escolheram a cesárea agendada manteve sua opção nos três questionários anteriores ao parto e que todas as outras mudaram de opção pelo menos uma vez durante a gravidez. KINGDON et al, op. cit., p. 889.

⁷⁴ Neste sentido: “[...] a aquisição de conhecimento é um processo dinâmico. Como a mulher vem a conhecer acerca do parto vaginal e cesáreo é um processo contínuo que começa antes da gravidez e continua além da sua primeira experiência de parto. Isso desafia a noção linear de escolha informada onde o paciente acumula conhecimento relevante até a posição de exercer uma decisão informada. As visões das mulheres [na pesquisa qualitativa com questionários] foram alimentadas pelo acesso de diferentes tipos de conhecimento (médico, não-médico, escrito, verbal, visual), de múltiplas fontes (família, amigos, mídia, profissionais de saúde), como variados graus de influência em diferentes momentos-chave.” Idem, p. 889. Tradução nossa de: “[...] knowledge acquisition is a dynamic process. How women come to know about vaginal and caesarean birth is a continuous process that begins before pregnancy and continues beyond a woman’s first experience of childbirth. This challenges the linear notion of informed choice where patients accumulate relevant knowledge until in a position to make an informed decision. Women’s views were informed by accessing different kinds of knowledge (medical, non-medical, written, verbal, visual), from multiple sources (family, friends, media, healthcare professionals), with varying degrees of influence at different time-points.”

acerca da via de parto é um processo dinâmico e transformador, alimentando uma mudança drástica no rumo da escolha da gestante⁷⁵.

Mesmo considerando uma ação comunicativa ideal entre médico e paciente, ausente de interferências quanto a cobertura de seguro, responsabilidade civil em caso de erro médico, disponibilidade de leito individual, etc., há de se considerar ainda que a escolha da gestante sempre estará inserida num contexto social específico. Em se tratando de consumidora de plano de saúde, é permitido antever que este contexto em grande medida envolve também o apreço por abordagem tecnologicamente intensiva tanto por gestante quanto por obstetra.

Da mesma forma, a variedade de informações disponíveis, principalmente por causa da internet, precisa ser considerada na atualidade, questão que passa pelas recomendações de Salmeen e Brincat, as quais sugerem promover acesso a material on-line no começo da gravidez às gestantes para que cada uma explore essas informações em seu próprio ritmo⁷⁶.

Pesquisa de Litorp et al demonstrou que as gestantes preocupavam-se com a interferência do parto na impossibilidade de realizar suas tarefas diárias, na economia familiar e no planejamento familiar, uma vez que acreditavam interferir na possibilidade de ter outros filhos⁷⁷.

O contexto da mulher, somada a seu planejamento familiar e reprodutivo, é fator que, num plano macrorregional, atribui relevância às taxas de fecundidade da região ou país⁷⁸.

⁷⁵ Neste sentido, são valiosas as conclusões de Kingdon et al: “Ao usar uma combinação de questionário e entrevistas, demonstramos que para as mulheres, a aquisição de conhecimento é um processo contínuo, que necessita de uma alteração na atual visão da autonomia da paciente em processos de decisão na obstetrícia. Primeiramente, pensar no conhecimento como processo torna a expressão de uma preferência inerentemente problemática porque até o momento do nascimento ela não é estática nem derradeira. Em segundo lugar, esse estudo mostra que enquanto a mulher pode suportar a escolha em princípio, na prática a autonomia da mulher é limitada tanto pelas formas de cuidado disponíveis quanto pela circunstância individual. Em terceiro lugar, esse estudo sugere que a prioridade da mulher das mulheres na escolha da tomada de decisão não é um desejo universal, porque muitas delas acreditam em seus cuidadores como especialistas”. (KINGDON et al, op. cit., p. 893-894. Tradução nossa de: “By using a combination of questionnaires and interviews, we have demonstrated that for women knowledge acquisition is a continuous process, which necessitates a shift in current thinking about patient autonomy in obstetric decisionmaking. Firstly, to think of knowledge as a process, makes expressing a preference inherently problematic because choice until the moment of birth is neither static nor final. Secondly, this study shows that whilst women may support choice in principle, in practice women’s autonomy is limited by both available care provision and individual circumstance. Thirdly, this study suggests that women’s overriding choice in decision-making is not universally desirable because many of them trust their caregivers as experts.”

⁷⁶ SALMEEN, Kirsten.; BRINCAT, Cynthia. Time from consent to cesarean delivery during labor. *American Journal of Obstetrics & Gynecology*, v. 209, n. 3, p. 212.e1-e6(e6), set. 2013.

⁷⁷ LITORP et al, op. cit., p. 718.

⁷⁸ Idem, p. 714.

No Brasil, a taxa de fecundidade da população nacional projetada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) no ano de 2016 foi de 1,69, tendo seu menor índice na região sul (1,57) e maior na região norte (2,06)⁷⁹.

No contexto da Agência Nacional de Saúde Suplementar, o planejamento familiar encontra respaldo na Lei de Planos de Saúde, Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998 que, em 2009, através da promulgação da Lei n. 11.935⁸⁰, recebeu alteração em seu artigo n. 35C a fim de determinar a obrigatoriedade da cobertura por parte dos planos privados de assistência à saúde dos procedimentos de planejamento familiar⁸¹.

O planejamento familiar, de acordo com a Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996, compreende “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”⁸².

A mencionada legislação visa regular assim o §7º do art. 226 da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), que prevê a proteção da família pelo Estado e determina este a proporcionar recursos educacionais e científicos para o exercício do direito ao planejamento familiar sob o fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável⁸³.

Domingues et al apontam que, entre as razões apresentadas pelas mulheres que experimentam a primeira gestação e foram consumidoras de parto cesáreo mediante pagamento, o medo da dor do parto aparece como a principal justificativa apresentada para a preferência (69%), seguido por problemas de saúde (9,9%), comodidade (7,9%), histórias familiares (7,4%) e maior segurança da cesárea (6,4%); já aquelas que preferiram o parto vaginal mediante pagamento, justificaram-no primordialmente sob o argumento de que a recuperação do parto normal é melhor (72,8%), seguido pelo fato de o parto normal ser melhor (34%), histórias

⁷⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *SIDRA*: sistema IBGE de recuperação automática. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/>. Acesso em: 30 ago. 2018.

⁸⁰ BRASIL. *Lei n. 11.935, de 11 de maio de 2009*. Altera o art. 35-C da Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11935.htm>. Acesso em: 5 ago. 2018.

⁸¹ BRASIL. *Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998*. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656.htm>. Acesso em: 05 ago. 2018.

⁸² BRASIL. *Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 05 ago. 2018.

⁸³ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 ago. 2018.

familiares (11,8%) e medo da cesariana (6,3%)⁸⁴. Chama atenção, nestes dados, a baixa proporção da importância da informação sobre parto na escolha da via: 0,8% entre as que escolheram parto cesáreo e 2% entre as que escolheram o parto vaginal⁸⁵, sugerindo certo desprezo na capacidade que o conhecimento tem em desestabilizar escolhas já manifestadas⁸⁶, bem como em diminuir o medo e a ansiedade⁸⁷ da gestante.

Analizando a influência que o medo da dor do parto exerce na determinação da preferência das mulheres no Brasil, Osis et al pontuam que o parto vem sendo cercado de mitos consolidados nas últimas décadas consolidados por experiências traumáticas sofridas por pacientes em decorrência de mau atendimento pré-natal e parto e que foram narradas de geração a geração⁸⁸. Trata-se de um sistema no qual a comunidade alimenta a visão que a gestante forma do parto e, uma vez que ela dá à luz, sua própria experiência retroalimentará essa posição comunitária influenciando outras gestantes⁸⁹.

Sobre estes mitos (ou, pelo menos, noções pré-concebidas), a pesquisa de Litorp et al demonstrou que muitas vezes as perspectivas das gestantes sobre a cesárea são influenciadas por crenças desenvolvidas dentro de sua comunidade e entre outras gestantes, mas que essa influência do meio sobre o indivíduo não ocorre somente entre as gestantes mas também entre obstetras: segundo os autores, há, dentro de um departamento de obstetrícia de um hospital, opinião formada e estabelecida sobre (a) a segurança do parto cesáreo; (b) o fato de a cesariana ser uma forma de assegurar bons resultados no parto; (c) a cesárea ser um procedimento preferido entre mulheres de elevada classe social⁹⁰. Essa visão compartilhada entre obstetras e gestantes de que o parto cesáreo é mais seguro que o parto vaginal pode acarretar consequências a curto e longo prazo danosas à saúde das mulheres⁹¹.

⁸⁴ DOMINGUES et al, op. cit., p. 110; Também neste sentido, Weaver, Statham e Richards identificaram entre as razões prioritárias para mães preferirem o parto cesáreo o medo do parto vaginal, assim como a percepção de que a cirurgia é segura para a mãe e mais segura que o parto normal para o bebê. WEAVER; STATHAM; RICHARDS, op. cit., p. 36-37; Kingdon et al., por sua vez, apontam a conveniência do agendamento da cesárea planejada, a possibilidade de se evitar a dor do parto vaginal bem como o medo deste como razões sugeridas para o parto cesáreo vir se tornando mais aceitável entre mulheres. KINGDON et al, op. cit., p. 887.

⁸⁵ DOMINGUES et al. op cit., p. 112.

⁸⁶ Neste sentido, KINGDON et al, op. cit., p. 890.

⁸⁷ Diniz et al, observando apenas o momento do parto, elenca entre as causas de estresse e ansiedade na gestante “a falta de familiaridade com os profissionais de saúde, com o ambiente hospitalar e suas rotinas, a dor e o desconforto (do próprio nascimento ou das intervenções), a preocupação e a incerteza sobre o que está acontecendo, as dificuldades de comunicação, a falta de empatia, o tratamento hostil e a solidão”. DINIZ et al, op. cit., p. S141.

⁸⁸ OSIS et al, op. cit., p. S65.

⁸⁹ LITORP et al, op. cit., p. 713.

⁹⁰ Idem, p. 718.

⁹¹ Idem, p. 718.

O fenômeno global e urgente da epidemia de cesáreas tem relação com o desenvolvimento econômico, as mudanças na forma de consumo de serviços de saúde e no sistema de remuneração destes,

A visão que a gestante faz desta cirurgia muitas vezes envolve uma ideia de qualidade, ausência de dor, rapidez e limpeza. Contudo, configura uma cirurgia com os riscos inerentes da atividade médica somados aos riscos apontados pelas evidências clínicas.

Na transformação de mulher para mãe, a gestante se apoia nos mitos sociais do parto, informações de internet, de amigas, mães e parentes e abusa das consultas médicas em busca muitas vezes de conforto antes de informação.

Essa mulher, antes mesmo de transformar-se em mãe, já está em transformação em termos demográficos: tem seu primeiro filho mais velha que sua mãe, está inserida no mercado de trabalho, pretende ter um ou poucos filhos, etc.

A consequência, por sua vez, é o desvio de recursos financeiros e humanos: no curto prazo, a ocupação de salas de cirurgia, anestesistas, instrumentistas, enfermeiros; no longo prazo, a incidência de riscos neste procedimento pode sugerir uma alocação de recursos no futuro destinada ao cuidado das vítimas dessa epidemia.

No centro dessa discussão, a prevalência desproporcional deste procedimento no mercado privado de serviços de saúde no Brasil indica que a caracterização como bem de consumo desta cirurgia não é acompanhada pela observação dos direitos do consumidor, enquanto a incidência maior de morbi-mortalidade materno-infantil urge por ações voltadas à proteção da integridade física e da vida de mães e bebês.

Por último, a proteção da autonomia da gestante na escolha da via de parto, tema que já demonstra aqui sua complexidade, aponta como princípios da ética biomédica encontram-se, quando não desrespeitados, em conflito, em prol da satisfação de um ideal camuflado de qualidade, por parte das consumidoras, e de benefícios financeiros, por parte dos fornecedores deste serviço.

3 PRINCÍPIOS DA ÉTICA BIOMÉDICA E A EPIDEMIA DE CESÁREAS

Em 1974, uma série de audiências no Congresso dos Estados Unidos acerca da pesquisa com seres humanos deu origem à promulgação da *National Research Act* (Lei Nacional de Pesquisa), criando assim o *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research* (Comissão Nacional para a Proteção dos Seres Humanos em Pesquisa Biomédica e Comportamental).

Esta nova comissão ficou encarregada de “conduzir uma investigação e estudo compreensivos para identificar os princípios éticos básicos que devem fundamentar a conduta de pesquisas biomédicas e comportamentais envolvendo seres humanos” e “desenvolver diretrizes que devem ser seguidas nessas pesquisas a fim de assegurar que sejam conduzidas de acordo com tais princípios”⁹².

Essas determinações culminaram na edição do *Belmont Report*, em 1979, com o objetivo de resumir os princípios éticos básicos identificados pela comissão no curso de suas deliberações⁹³, elencando assim o respeito pelas pessoas, a beneficência e a justiça. Suas determinações conjugam, junto aos estudos de Childress e Beauchamp, as fontes primárias conformadoras de um incipiente interesse nos princípios em ética biomédica nos anos 1970⁹⁴.

Beauchamp explica que, até então, embora fosse possível afirmar que médicos e pesquisadores possuíam sim compromissos éticos com seus pacientes e sujeitos de pesquisa, estes eram raramente discutidos, de forma que nenhuma pesquisa até então combinara preocupações entre a teoria ética e o campo da medicina, sendo a prática médica focada – na Europa e nos Estados Unidos, pelo menos – na maximização de benefícios clínicos e minimização de riscos e doenças⁹⁵.

⁹² "Sec. 202. (a) The Commission shall carry out the following: (1) (A) The Commission shall (i) conduct a comprehensive investigation and study to identify the basic ethical principles which should underlie the conduct of biomedical and behavioral research involving human subjects, (ii) develop guidelines which should be followed in such research to assure that it is conducted in accordance with such principles [...]". UNITED STATES OF AMERICA. *Public Law 93-348*, de 12 de julho de 1974. To amend the Public Health Service Act to establish a program of National Research Service Awards to assure the continued excellence of biomedical and behavioral research and to provide for the protection of human subjects involved in biomedical and behavioral research and for other purposes. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/STATUTE-88/pdf/STATUTE-88-Pg342.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

⁹³ THE NATIONAL COMMISSION FOR THE PROTECTION OF HUMAN SUBJECTS OF BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH. *The Belmont Report*. 1979, p. 2. Disponível em: <<https://www.hhs.gov/ohrp/regulations-and-policy/belmont-report/read-the-belmont-report/index.html>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

⁹⁴ BEAUCHAMP, Tom L. The 'four principles' approach to health care ethics. In: ASHCROFT, Richard E. et al (Ed.). *Principles of health care ethics*. 2. Ed. Chichester: John Wiley & Sons, 2007, p. 3-10(3).

⁹⁵ Idem, p. 3.

Essa preocupação nos benefícios clínicos fomenta, inclusive, um dos princípios, o da beneficência, indicando que os juízos ponderados da moralidade comum e da tradição médica já inclinavam-se ao reconhecimento deste valor, sem ater-se, porém, a especificações e ponderações⁹⁶.

É marcante no *Belmont Report* a influência dos abusos perpetrados contra seres humanos durante a Segunda Guerra Mundial através da utilização destes em experimentos biomédicos em campos de concentração⁹⁷ e da elaboração do Código de Nuremberg, de 1947, que viria a influenciar outros documentos, como a Declaração de Helsinque (1964, revisada em 1975) e as diretrizes adotadas pela Associação Americana de Psicologia (1973)⁹⁸.

Beauchamp e Childress, por sua vez, propuseram o modelo principiológico aplicado à bioética a partir de uma investigação que buscava juízos ponderados e coerência, afastando-se de uma defesa argumentativa ou de distinções rígidas entre regras e princípios – aceitando, apenas, que são ambos “generalizações normativas que orientam a ação”⁹⁹, distinguindo-se os

⁹⁶ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. 2. Ed. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola Jesuítas, 2011, p. 55.

⁹⁷ Sobre o papel do julgamento de Nuremberg nas atenções sobre ética biomédica, Faden e Beauchamp: “Embora seja um equívoco comum que esses foram os primeiros exemplos de pesquisas maliciosas intencionalmente prejudiciais sobre sujeitos humanos relutantes, os experimentos nazistas foram, em muitos aspectos, sem precedentes na extensão e na extremidade dos danos e sofrimentos a que expuseram conscientemente suas vítimas. Usando como objetos aqueles retirados das populações dos campos de concentração (judeus, ciganos, poloneses e russos), cientistas nazistas exploraram os efeitos da ingestão de venenos, injeções intravenosas de gasolina, imersão em água gelada e coisas do gênero. Infecção por icterícia epidêmica e vírus da febre maculosa fizeram parte cotidiana dos experimentos ‘médicos’.” (FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. *A history and theory of informed consent*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1986, p. 153, tradução nossa de: “Although it is a common misconception that these were the earliest examples of willfully harmful, vicious research on unwilling human subjects, the Nazi experiments were in many respects unprecedented in the extensiveness and extremity of the harm and suffering to which they knowingly exposed their victims. Using subjects drawn from the populations of concentration camps (Jews, gypsies, Poles, and Russians), Nazi scientists explored the effects of ingesting poisons, intravenous injections of gasoline, immersion in ice water, and the like. Infection with epidemic jaundice and spotted fever virus were typical parts of ‘medical’ experiments.”).

⁹⁸ THE NATIONAL COMMISSION FOR THE PROTECTION OF HUMAN SUBJECTS OF BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH, op. cit., p. 10.

⁹⁹ BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p. 55. Beauchamp, quase trinta anos depois da publicação dos autores, explicou assim suas motivações: “Childress e eu começamos nossa busca pelos princípios da ética biomédica em 1975. No início de 1976, esboçamos as principais ideias para o livro, embora só mais tarde o título *Princípios de Ética Biomédica* fosse colocado nele. Nosso objetivo era desenvolver um conjunto de princípios adequados à ética biomédica. Substancialmente, nossa proposta era que a preocupação tradicional da atenção à saúde com um modelo baseado na beneficência da ética da atenção à saúde fosse mudada em direção a um modelo de autonomia, enquanto incorporasse ao mesmo tempo um conjunto mais amplo de preocupações sociais, particularmente aquelas voltadas à justiça social. Os princípios são entendidos como os padrões de conduta dos quais muitas outras reivindicações e julgamentos morais dependem. Um princípio, então, é uma norma essencial em um sistema de pensamento moral, formando a base do raciocínio moral. Regras mais específicas para a ética dos cuidados de saúde podem ser formuladas *por referência* a esses quatro princípios, mas nem as regras nem os julgamentos práticos podem ser diretamente *deduzidos* dos princípios.” BEAUCHAMP, op. cit., p. 3, grifos do autor, tradução nossa de: “Childress and I began our search for the principles of biomedical ethics in 1975. In early 1976 we drafted the main ideas for the book, although only later would the title *Principles of Biomedical Ethics* be placed on it. Our goal was to develop a set of principles suitable for biomedical ethics. Substantively, our proposal was that traditional preoccupation of health care with a beneficence-based model of health care ethics be shifted in the direction of an autonomy model, while also incorporating a wider set of social concerns, particularly those focused on social

princípios por sua menor restrição, o que lhes permitem orientar políticas e desenvolver outras regras¹⁰⁰. Sgreccia explica que a teoria dos autores excluiu, ainda, a hierarquia objetiva dos princípios, permitindo a cada um dos quatro princípios ter um certo peso, cabendo ao contexto decidir pela predominância de um ou de outro¹⁰¹.

Desta forma, os autores elencaram quatro *grupos de princípios*: o respeito pela autonomia, a não maleficência, a beneficência e a justiça¹⁰². Desta forma, os autores dividiram o princípio da beneficência do *Belmont Report* em beneficência e não maleficência, e o “respeito pelas pessoas” se transformou em “respeito pela autonomia”¹⁰³. O respeito pela autonomia e a justiça são princípios historicamente negligenciados na ética médica tradicional e receberam um tratamento e desenvolvimento tardio¹⁰⁴.

Assim, enquanto o *Belmont Report* propôs como princípios o respeito pelas pessoas, a beneficência e a justiça sem visar, contudo, fundamentá-los sobre uma teoria ética, Beauchamp e Childress propuseram o modelo de quatro princípios fundamentando-os com o objetivo de estendê-los ao mais amplo campo de atuação da área biomédica e propor seu uso entre diversas teorias éticas, mesmo que contrastantes entre si¹⁰⁵.

Sabe-se que riscos e preferências são avaliados de forma diferente por cada gestante, sofrendo influência da expectativa futura de seus resultados, medos, ansiedades e planejamento familiar, entre outros fatores. Dessa forma, mesmo se considerando as gestantes consumidoras de planos de saúde como majoritariamente adultas e competentes para valorar benefícios e riscos acerca das vias de parto, o exercício de sua autonomia não se limita apenas a esse balanceamento, até porque, circunscreve apenas uma forma de observação de um único princípio da bioética, fazendo-se necessário compreendê-los a ponto de indicar seus pontos de colisão e harmonia.

justice. The principles are understood as the standards of conduct on which many other moral claims and judgements depend. A principle, then, is an essential norm in a system of moral thought, forming the basis of moral reasoning. More specific rules for health care ethics can be formulated *by reference to* these four principles, but neither rules nor practical judgements can be straightforwardly *deduced* from the principles.”

¹⁰⁰ BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p. 55.

¹⁰¹ SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica*. 3. ed. revista e ampliada. Tradução Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2009, p. 185. (vol. 1).

¹⁰² BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p. 55.

¹⁰³ EVANS, John H. *The history and future of bioethics: a sociological view*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2012.

¹⁰⁴ BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p. 55.

¹⁰⁵ SGRECCIA, op. cit., 184.

3.1 Princípio do respeito pela autonomia

O conceito de autonomia tem sua origem na referência às formas de governo das cidades-estados independentes gregas¹⁰⁶ e é aplicado ao indivíduo apenas a partir do século XVIII quando o humanismo individualista da Idade Moderna derroca no Iluminismo, passando o indivíduo a ser visto como “autêntico sujeito moral, titular de direitos e deveres correspondentes, e capaz de querer o Bem voluntária e racionalmente”¹⁰⁷.

Ainda que a capacidade de agir e sua independência para fazê-lo sejam suficientes para definir uma pessoa autônoma, Beauchamp e Childress apontam para a insuficiência desse conceito quando importa sua escolha autônoma, e não apenas definir se é autônoma a pessoa¹⁰⁸.

Essas ponderações, aqui resumidas, levaram-nos a alavancar a importância da compreensão sem coerção antes do entendimento pleno ou da ausência de influência, alcançando assim um resultado mais prático e próximo da realidade médica¹⁰⁹.

Esse enfoque maior na escolha se dá pelo fato de que consentimentos e recusas são ações e, paradoxalmente, em algumas ocasiões, pessoas que falham cotidianamente em agir de forma autônoma são capazes de exercer ações autônomas¹¹⁰ – e o contrário também é válido, ou seja, o fato de pessoas serem capazes de agir com autonomia no dia a dia não garante que 100% de suas escolhas são exercidas com plena autonomia ou mesmo 100% condizentes com seu bem estar (vide a autonomia para se alimentar de forma desregrada ou fumar)¹¹¹.

¹⁰⁶ BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p. 137; SCHRAMM, Fermin Roland. A Autonomia Difícil. *Bioética*, v. 6, p. 27-37(27), 1998; FADEN; BEAUCHAMP, op. cit., p. 8; MURRAY, Stuart J.; HOLMES, Dave. Introduction: towards a critical bioethics. In: _____. (Ed.). *Critical interventions in the ethics of healthcare: challenging the principle of autonomy in bioethics*. Farnham: Ashgate Publishing Limited. 2009, p. 1-11(3).

¹⁰⁷ SCHRAMM, op. cit., p. 27.

¹⁰⁸ BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p. 138.

¹⁰⁹ Idem, p. 141.

¹¹⁰ FADEN; BEAUCHAMP, op. cit., p. 235.

¹¹¹ Essas incoerências foram dispostas de forma precisa por Dworkin: “Se aceitarmos essa concepção da importância da autonomia centrada na integridade, nossas opiniões sobre a questão de os pacientes incapacitados terem ou não direito a tal autonomia irão depender do grau de sua capacidade geral de conduzir sua vida dessa maneira. Quando as escolhas de um paciente com demência moderada forem razoavelmente estáveis e coerentes com o caráter geral de sua vida anterior e, grosso modo, incoerentes e autodestrutivas somente na mesma medida em que também são as escolhas das pessoas plenamente competentes, pode-se considerar que ela ainda detém o controle de sua vida e que, por esse motivo, tem direito à autonomia. Contudo, se suas escolhas e exigências a despeito da firmeza com que sejam expressas, se contradizem entre si de modo sistemático ou aleatório, evidenciando uma percepção de si mesmo que não tem coerência alguma, bem como uma falta de objetivos discerníveis, mesmo que a curto prazo, poderemos então presumir que tal paciente já perdeu a capacidade que a autonomia tem a finalidade de proteger. Não tem mais o direito de ver respeitadas suas escolhas relativas a um acompanhante (ou ao uso de seus bens, ao tratamento médico ou à permanência em sua casa). Tem ainda o direito à beneficência – o direito a que as decisões sobre tais assuntos sejam tomadas tendo em vista seus interesses fundamentais. Mas, ao contrário do que acontece com as pessoas competentes, perdeu o direito de tomar decisões que contrariem seus interesses. Às vezes a palavra “competência” é usada em um sentido que remete especificamente ao cumprimento de tarefas, dignificando a capacidade de assimilar e manipular informações

Além disso, muitas ações autônomas na medicina não ocorrem sem antes sofrerem uma cooperação material que permite a disposição de opções¹¹², sendo impossível ignorar a existência de influência no resultado. A influência, neste caso, é desejada, mas antes para reforçar a tomada de decisão que para restringir suas opções, ou seja, a demanda moral pelo respeito à autonomia decorre da necessidade das pessoas serem livres para escolherem uma opção sem amarras impostas por outros¹¹³, não sem influência.

Uma vez diferenciados os princípios das regras pela possibilidade dos princípios orientarem políticas e desenvolverem outras regras, Faden e Childress delimitam bem como se dá essa relação com o princípio do respeito pela autonomia:

O princípio fornece a base justificativa para o direito de tomar decisões autônomas, que por sua vez tomam a forma de direitos específicos relacionados à autonomia. Por exemplo, no debate sobre se os pacientes autônomos e informados têm o direito de recusar intervenções médicas que sustentam a vida, o princípio do respeito pela autonomia sugere uma resposta moralmente apropriada.¹¹⁴

Na relação médica, essa resposta moralmente apropriada precisa ser aceita pelo profissional, sua autoridade sobre o paciente recebe agora a autoridade moral da autonomia e a condição de dependência do paciente não serve de justificativa para ignorar este princípio através da mentira ao paciente ou recusa de tratamento médico. A demanda moral pelo respeito à autonomia cria, assim, obrigações negativas (a ação autônoma não deve sofrer restrições de terceiros) e positivas (deve-se informar de forma respeitosa e agir em prol da adoção de uma decisão autônoma)¹¹⁵.

Uma outra face da autoridade é importante nas discussões bioéticas, aquela proveniente de uma instituição, tradição, religião, comunidade ou qualquer outra que a paciente

relativas a um determinado problema. Nesse sentido, a competência é variável (às vezes muito), mesmo entre pessoas normais, não afetadas por processos demenciais; posso ser mais competente do que você ao tomar algumas decisões e menos competente ao tomar outras. A literatura médica sobre a tomada de decisões em nome de pacientes demenciados assinala, corretamente, que a competência nesse sentido de cumprimento de tarefa é relativa à natureza e à complexidade da decisão em questão. Um paciente sem competência para administrar suas complexas transações comerciais pode, não obstante, ser capaz de assimilar e apreciar informações relativas à sua permanência em casa ou em uma instituição.” DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 320-321.

¹¹² BEAUCHAMP, op. cit., p. 4.

¹¹³ FADEN; BEAUCHAMP, op. cit., p. 8.

¹¹⁴ “The principle provides the justificatory basis for the right to make autonomous decisions, which in turn takes the form of specific autonomy related rights. For example, in the debate over whether autonomous, informed patients have the right to refuse self-regarding, life-sustaining medical interventions, the principle of respect for autonomy suggests a morally appropriate response.” Idem, p. 8, tradução nossa.

¹¹⁵ BEAUCHAMP, op. cit., 4.

aceite se submeter¹¹⁶. Essa é uma discussão moderna porque justamente na modernidade se desenvolveu a ideia de que todos os seres humanos possuem um conjunto básico de direitos, garantindo-lhes tratamento igualitário e respeito à sua diversidade e tornando-se imoral – quando não ilegal – a coerção em favor de ideias particulares de perfeição e alegria¹¹⁷.

Considerando o pluralismo vigente, portanto, o respeito à autonomia passa a reconhecer não só a capacidade e perspectiva do paciente como também resguarda seu direito a sustentar algumas visões e tomar escolhas sustentadas por valores pessoais e crenças¹¹⁸.

Essa preocupação com os valores e crenças do paciente encontra respaldo no Código de Ética Médica de 2018, Resolução n. 2.217 do Conselho Federal de Medicina, o qual, em seu artigo 24, veda ao médico “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”, assim como proíbe “desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte” (art. 31)¹¹⁹.

Loureiro aponta ainda outra correlação legal com o princípio da autonomia, desta vez com a Constituição Federal de 1988¹²⁰, que assegura a todos, em seu art. 5º, XIV “o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”¹²¹.

¹¹⁶ Assim, BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p. 141.

¹¹⁷ GRACIA, Diego. The foundation of medical ethics in the democratic evolution of modern society. In: VIAFORA, Corrado (Ed.). *Clinical bioethics: a search for the foundations*, Dordrecht: Springer, 2005, p. 33-40(33). (International library of ethics, law, and the new medicine, 26).

¹¹⁸ Essa é a definição trazida por Beauchamp: “Respeitar um agente autônomo é reconhecer com o devido apreço as capacidades e perspectivas dessa pessoa, incluindo seu direito de manter certas visões, fazer certas escolhas e toar certas ações com base em valores e crenças pessoais.” BEAUCHAMP, op. cit., p. 4, tradução nossa de: “To respect an autonomous agent is to recognize with due appreciation that person’s capacities and perspectives, including his or her right to hold certain views, to make certain choices, and to take certain actions based on personal values and beliefs.” Definição também contemplada por Diniz: “O princípio da autonomia requer que o profissional da saúde respeite a vontade do paciente, ou de seu representante, levando em conta, em certa medida, seus valores morais e crenças religiosas (Código de Ética Médica, arts. 24 e 31). Reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida (corpo e mente) e o respeito à sua intimidade, restringindo, com isso, a intromissão alheia no muno daquele que está sendo submetido a um tratamento. Considera o paciente capaz de autogovernar-se, ou seja, de fazer suas opções e agir sob a orientação dessas deliberações tomadas, devendo, por tal razão, ser tratado com autonomia.” DINIZ, op. cit., p. 38-39, grifos da autora; Viafora, por sua vez, formula o princípio do respeito à autonomia como “agir de maneira a respeitar o paciente em sua dignidade pessoal e em seu direito de decidir responsavelmente se aceita ou recusa um tratamento sugerido.” VIAFORA, Corrado. *Clinical bioethics: a search for the foundation beyond the ‘applied ethics’ model*. In: _____ (Ed.). *Clinical bioethics: a search for the foundations*, Dordrecht: Springer, 2005, p. ix-xix(xvii). (International library of ethics, law, and the new medicine, 26).

¹¹⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n. 2.217*, de 1 de novembro de 2018. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: < https://www.anamt.org.br/porta1/wp-content/uploads/2018/11/resolucao_cfm_n_22172018.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2018. Estes artigos já estavam presentes no Código de Ética Médica de 2009 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n. 1.931*, de 17 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: < <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2018).

¹²⁰ LOUREIRO, Cláudia Regina Magalhães. *Introdução ao biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 13.

¹²¹ BRASIL. 1988, op. cit.

A Constituição Federal, frise-se, atua no campo da bioética fornecendo princípios que fundamentarão as decisões envolvendo a vida, tornando efetiva a própria ética biomédica ao tutelar este direito humano indisponível, direito humano indisponível¹²². Desta forma, enquanto a bioética volta-se às evoluções tecnológicas e práticas da ciência, sua obediência encontrará na CF/1988 os indicadores para sua conduta, principalmente em seu mandamento maior, o respeito à dignidade humana. Neste sentido, a expressão da atividade científica, cuja liberdade também é assegurada pelo art. 5º, IX da Constituição¹²³, sofre a limitação da atenção à dignidade humana.

É baseando-se no princípio da autonomia, por sua vez, que Hanna sugere que, embora a maioria das mulheres prefiram parto vaginal, se uma gestante optar pela cirurgia cesárea sem indicação médica, o caminho indicado passa pela discussão dos riscos e benefícios e, se ainda assim a mãe mantiver sua escolha, ou seja, acreditar que os benefícios para si e seu bebê superam os riscos, apoiar seu caminho acabaria então por promover também o bem-estar e saúde de ambos¹²⁴.

Na atualidade, em todas as especialidades médicas, o princípio da autonomia do paciente alinhou-se a uma noção de escolha, colocando doutor e paciente numa relação de consumo¹²⁵. Desta forma, sistemas de saúde público e privados nos países desenvolvidos viram a máxima ‘o médico sabe o melhor para o doente’ dar lugar a um cuidado centrado na escolha do paciente¹²⁶, posição que enaltece a autonomia da gestante no nascimento apoiando a condução de cesariana sob demanda da mãe e sem indicação médica.

A proteção à autonomia do paciente está no centro das recomendações editadas por duas associações de profissionais nos Estados Unidos e Canadá nos anos 2000 que endossaram a oferta de cirurgias cesáreas às gestantes mesmo sem indicação médica, as cesarianas a pedido materno: American College of Obstetricians and Gynecologists (ACOG) e Society of Obstetricians and Gynaecologists of Canada (SOGC)¹²⁷.

As recomendações da ACOG estão diretamente relacionadas ao respeito à autonomia do paciente e determinam que, uma vez que o médico está satisfeito da plena compreensão da

¹²² RODRIGUES, Maria Rafaela Junqueira Bruno. Fundamentos constitucionais da bioética. 2006. 322f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2006, p. 175.

¹²³ BRASIL. 1988, op. cit: “Art. 5º, IX: é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

¹²⁴ HANNAH, op. cit., p. 814.

¹²⁵ KINGDON, Carol. et al. Choice and birth method: mixed-method study of caesarean delivery for maternal request. *BJOG: An International Journal of Obstetrics and Gynaecology*, v. 116, p. 886-895(886), mai. 2009.

¹²⁶ Idem, p. 886.

¹²⁷ SINGER, Benjamin. Elective cesarean sections gaining acceptance. *CMAJ*, v. 170, n. 5, p. 775, mar. 2004; ANDERSON, op. cit., p. 696.

gestante acerca das opções de via de parto e seus riscos e benefícios potenciais, sua decisão deve ser respeitadas e apoiada, mesmo que direcionada à opção pela cesariana a pedido¹²⁸.

A única orientação contrária da associação está na possibilidade de não se apoiar a decisão quando em conflito com outro princípio orientador das decisões médicas, como o princípio da não-maleficência¹²⁹. Em outras palavras, quando existirem dados significativos dos riscos que o procedimento pode causar e manter-se a gestante fiel à sua escolha, defende a ACOG que o médico sugira à gestante procurar aconselhamento com outro profissional¹³⁰.

Em tese, isso pode demonstrar uma priorização da escolha da gestante na via de parto dentro da relação médico/paciente, mas estudos conduzidos por Kingdon et al questionam inclusive se pode a escolha neste sentido consumerista realmente existir no contexto de tomada de decisão acerca de cuidados em saúde¹³¹. Neste sentido, os autores ponderam que os cuidados em saúde disponíveis e as circunstâncias individuais limitam a autonomia das mulheres e que, enquanto a escolha é defendida por políticas governamentais e locais, sugere-se que a supremacia das mulheres na tomada de decisão em assuntos de saúde sequer é desejável de forma universal, ou seja, muitas gestantes desejam informação adequada e envolvimento no processo de decisão, mas resguardando a palavra final ao obstetra¹³².

Desta forma, enquanto vigora o princípio da escolha da paciente, muitas vezes o desejo como consumidoras recai na transparência de opções e resultados antes de necessariamente no desejo de prioridade de escolha. Por outro lado, Kalish, McCullough e Chervenak ponderam que a autonomia da gestante é historicamente ignorada no pensamento obstétrico e, mesmo no Brasil, onde as taxas de cesárea em hospitais privados atingem até 80% a 90% do total de partos, as preferências dos obstetras explicam de forma mais fidedigna esses dados que de fato o respeito à preferência das consumidoras¹³³. Neste caso, o exercício do respeito ao princípio da escolha da paciente na assistência pré-natal pode encobrir o desvio de suas preferências para aquelas do próprio médico.

Observando esta alteração na relação entre médico e paciente por outro aspecto, pode-se sugerir ainda que, enquanto a cesariana a pedido materno representa uma vitória dos direitos das mulheres acerca de sua autonomia reprodutiva, ela camufla uma discriminação de gênero

¹²⁸ THE AMERICAN COLLEGE OF OBSTETRICIANS AND GYNECOLOGISTS. Surgery and Patient Choice. *Obstetrics & Gynecology*, v. 111, n. 1, p. 243-247(243-244), jan. 2008.

¹²⁹ THE AMERICAN COLLEGE OF OBSTETRICIANS AND GYNECOLOGISTS, op. cit., p. 244

¹³⁰ Idem, p. 246.

¹³¹ KINGDON. et. al, op. cit., p. 894.

¹³² Idem, p. 894.

¹³³ KALISH; MCCULLOUGH; CHERVENAK, op. cit., p. 884.

sob esta bandeira. Essa abordagem é sugerida por Bergeron abaixo, em crítica direta às mencionadas recomendações da ACOG:

Preocupações expressas sobre a cesariana a pedido geralmente giram em torno dos riscos médicos tipicamente associados ao parto cirúrgico, em vez do que eu considero ser sua parte fundamentalmente machista. No entanto, se considerarmos a cesariana a pedido materno à luz da medicalização do parto, ele perde sua aura de liberdade reprodutiva para refletir os tons de outras tentativas de normalizar a reprodução de acordo com padrões não relacionados às prioridades, objetivos e aspirações das mulheres. Deste ponto de vista, colocar a cesariana a pedido no contexto de outras intervenções médicas no parto torna-se relevante para a sua análise ética, destacando os padrões de poder e autoridade que exerciam um impacto sobre o desenvolvimento da prática. Também desafia a estrutura conceitual que favorece a autonomia acima de outros princípios éticos usados pela ACOG em sua análise da cesariana a pedido. Esta abordagem contextual está de acordo com os estudos feministas questionando a teoria bioética baseada em princípios adotada pela ACOG por causa de sua incompatibilidade com as experiências relacionais que caracterizam os encontros médicos. A escola feminista da ética biomédica voltou-se para a ética contextual em uma tentativa de promover a justiça de gênero, dando às mulheres uma posição privilegiada nas decisões sobre seus cuidados de saúde e na análise ética dessas decisões. [...] uma visão geral da cesariana a pedido como se encaixa na medicalização histórica do parto me permite refletir criticamente sobre seus aspectos relacionais e contextuais e avaliar se essa nova opção no parto realmente promove a justiça de gênero ou, pelo contrário, se mascara como aumento da autonomia enquanto serve interesses não relacionados à saúde e ao bem-estar das mulheres. [...] os atributos exclusivamente femininos da gravidez tornaram-no particularmente vulnerável à apropriação por uma profissão médica dominada por homens em uma cultura patriarcal. Dado o jogo combinado de opressão baseada em gênero na sociedade em geral e o modelo médico de parto colocando o corpo como uma máquina e a gravidez como patologia, nunca pareceu haver nenhuma preocupação urgente em abordar o parto do ponto de vista de uma mulher com suas prioridades em mente.¹³⁴

¹³⁴ “Concerns expressed about CDMR generally revolve around the medical risks typically associated with surgical birth rather than what I consider to be its fundamentally sexist underbelly. However, if we consider CDMR in light of the medicalization of childbirth, it loses its aura of reproductive freedom to reflect shades of other attempts to normalize reproduction according to standards unrelated to women’s priorities, goals and aspirations. From this point of view, placing CDMR in the context of other medical interventions in childbirth becomes relevant to its ethical analysis by highlighting the patterns of power and authority that wielded an impact on the development of the practice. It also challenges the conceptual framework favoring autonomy above other ethical principles as used by the ACOG in its analysis of CDMR. This contextual approach falls in line with feminist scholarship questioning the principle-based bioethical theory adopted by the ACOG because of its incompatibility with the relational experiences characterizing medical encounters. Feminist scholarship in biomedical ethics has turned to contextual ethics in a bid to further gender justice by giving women a privileged position in decisions about their health care and in the ethical analysis of these decisions. [...] an overview of CDMR as it fits into the historical medicalization of childbirth allows me to critically reflect on its relational and contextual aspects and assess whether this new option in childbirth actually furthers gender justice or, on the contrary, if it merely masquerades as increased autonomy while serving interests unrelated to women’s health and welfare. [...] the exclusively feminine attributes of childbearing made it particularly vulnerable to appropriation by a male-dominated medical profession in a patriarchal culture. Given the combined play of gender-based oppression in general society and the medical model of childbirth posing the body as a machine and pregnancy as pathology, there never seemed to be any pressing concern to approach childbirth from a woman’s perspective with her priorities in mind.” BERGERON, op. cit., p. 479-480. Na literatura estrangeira, a cesariana a pedido recebe nome e sigla amplamente difundida: *cesarean*

As colocações apresentadas reforçam como a cesariana a pedido traduz uma controvérsia ética contemporânea e como o dever de informar em favor do respeito pela autonomia deve circunscrever valores e ideais da gestante em prol da formação de um consentimento deveras independente.

3.1.1 Consentimento informado

As discussões acerca do consentimento iniciam-se nos julgamentos de Nuremberg, sofrendo influência direta não só dos estudos acerca do princípio da autonomia em bioética como também os conflitos legais e transformações ocasionadas na relação médico-paciente, assim como na relação pesquisador-sujeito, deslocando o conceito, antes sintetizado na obrigação dos médicos e pesquisadores em revelar a informação, para o entendimento que o paciente e sujeito de pesquisa fazem destas informações¹³⁵.

No trabalho de Beauchamp e Childress ganha relevância a discussão do consentimento justamente pela centralidade atribuída ao princípio da autonomia nele, considerado básico para todos os outros princípios¹³⁶. Assim, o consentimento informado tem como principal função e justificação a proteção da escolha individual autônoma¹³⁷.

Para estes autores, o consentimento informado envolve a autorização autônoma fornecida pelo paciente ou sujeito de pesquisa para a consecução de um tratamento ou experimento¹³⁸ e tem relação direta com as discussões já apresentadas acerca da possibilidade

delivery on maternal request (CDMR); na literatura brasileira, por sua vez, não há sigla disseminada em mesmo grau, razão pela qual optou-se por traduzir CDMR como cesariana a pedido ou cesariana a pedido materno.

¹³⁵ BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p. 161-162. Sobre o papel das pesquisas científicas na formação do conceito de consentimento informado, ver FADEN; BEAUCHAMP, op. cit., (cap. 5. *The development of consent requirements in research ethics*).

¹³⁶ SGRECCIA, op. cit., p. 184. Frize-se, como já mencionado, que o princípio da autonomia, ainda que centralizado na teoria dos autores, permanence como um princípio *prima facie*, podendo ser limitado diante dos outros princípios fundantes. (Idem, p. 184; Assim, também, THOMASMA, op. cit., p. 4); Murray e Holmes distinguem bem essa noção de centralidade do princípio da autonomia: “Embora esses quatro princípios não sejam redutíveis ao primeiro (‘respeito à autonomia’), cada um deles deve presumir a existência de um sujeito/agente moderno, fundado na autonomia racional. Indiscutivelmente, até mesmo o ‘respeito à autonomia’ pressupõe autonomia não apenas da parte de quem é respeitada a autonomia, mas também da parte que respeita (o respeito, quase por definição, seria inválido sem ela).” (MURRAY; HOLMES, op. cit., p. 3, tradução nossa de: “While these four principles are not reducible to the first (‘respect for autonomy’), each of them ultimately must presume the existence of a modern subject/agent founded in rational autonomy. Arguably, even ‘respect for autonomy’ presumes autonomy not just on the part of the one whose autonomy is respected, but also on the part of the one who respects (respect, almost by definition, would be invalid without it).”). Levando em conta essa colocação dos autores, pode-se dizer que a *autonomia* é a base para os quatro princípios na teoria de Beauchamp e Childress, e não o *princípio do respeito à autonomia*.

¹³⁷ BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p. 162.

¹³⁸ Idem, p. 163.

de uma pessoa ser considerada capaz sem contudo entender satisfatoriamente um procedimento médico ou científico ou, em outras palavras, “raramente se julga uma pessoa incapaz com respeito a todas as esferas de sua vida”¹³⁹. Assim, Beauchamp e Childress concluem que “um *consentimento informado* ocorre se e somente se um paciente ou sujeito de pesquisa, com um entendimento substancial e numa substancial ausência de controle por parte de outros, intencionalmente autoriza um profissional a fazer algo”¹⁴⁰.

Trata-se de uma forma específica inserida numa categoria maior de ações que engloba escolha, consentimento e recusas mas que não se confunde como sinônimo destas, pelo contrário, configura um tipo particular de escolha autônoma¹⁴¹, caracterizada pela presença de elementos iniciais (a capacidade de entender e decidir e a voluntariedade ao decidir), elementos da informação (a revelação da informação material, a recomendação de um plano e o entendimento que se faz destes) e, por fim, elementos do consentimento (a decisão e a autorização)¹⁴². Juntos, estes elementos podem ser assim dispostos: “um indivíduo dá um consentimento informado para uma intervenção se (e, talvez, somente se) for capaz de agir, receber uma exposição completa, entender a exposição, agir voluntariamente e consentir na intervenção”¹⁴³.

No Código de Ética Médica de 2018, o consentimento informado é lembrado em inúmeros artigos, sendo imperioso ao tema lembrar da vedação a “deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença” (art. 13), bem como “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. 22) e “deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal” (art. 34)¹⁴⁴.

A partir da abordagem de Beauchamp e Childress, observa-se que – seja porque seu conhecimento acerca de emergências médicas e outras circunstâncias da medicina lhes permitem concluir que muitas vezes regras institucionalizadas acerca da autonomia são de

¹³⁹ BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p. 153.

¹⁴⁰ Idem, p. 164, grifos dos autores; Assim, também: FADEN; BEAUCHAMP, op. cit., p. 278.

¹⁴¹ Idem, p. 277.

¹⁴² BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p. 165-166.

¹⁴³ Idem, p. 165.

¹⁴⁴ Outros artigos relacionados ao consentimento informado contemplam o trabalhador exposto a condições de trabalho que tragam malefícios à saúde (art. 13), o doador e receptor de órgãos (art. 44) e o sujeito participante de pesquisas científicas (art. 101). CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n. 2.217*, de 1 de novembro de 2018. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: <https://www.anamt.org.br/portal/wp-content/uploads/2018/11/resolucao_cfm_n_22172018.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2018. Estes artigos já estavam presentes no Código de Ética Médica de 2009 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. 2009, op. cit.).

difícil aplicação¹⁴⁵, seja porque, invariavelmente, uma decisão judicial que reconheça a incapacidade é tão casuística e individualizada como a mensuração de um consentimento médico informado¹⁴⁶—, visam os autores se afastar de um conceito de consentimento informado focado nas regras sociais de consentimento, mantendo o conceito próximo da escolha autônoma.

Quando em jogo essas “regras sociais de consentimento”, Faden e Beauchamp explicam que o consentimento informado distancia-se do conceito de ato autônomo ou mesmo uma autorização e passa a ser analisado

em termos da teia de regras culturais e políticas e requisitos de consentimento que coletivamente formam a prática social do consentimento informado em contextos institucionais onde *grupos* de pacientes e sujeitos devem ser tratados de acordo com regras, políticas e práticas padronizadas.¹⁴⁷

Essa segunda forma de observar o consentimento informado, portanto, diz respeito à autorização legal cuja efetividade demanda a obediência a procedimentos que satisfazem regras específicas destinadas a uma prática institucional em saúde ou pesquisa científica¹⁴⁸, focando em resultados legais antes da disposição de informação ao paciente em geral¹⁴⁹.

Aproxima-se deste conceito a medida adotada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), o qual publicou a Resolução n. 2.144, de 15 de março de 2016, que limitou o atendimento dos médicos à cesariana a pedido materno apenas após a 39ª semana de gestação, visando assim acabar com o hábito do agendamento de cesarianas para antes deste prazo, exigindo ainda que “a decisão deve ser registrada em termo de consentimento livre e esclarecido, elaborado em linguagem de fácil compreensão, respeitando as características socioculturais da gestante” (art. 1ª, parágrafo único)¹⁵⁰.

Uma das soluções apresentadas para resolução desses conflitos éticos provenientes da escolha da via de parto recai na utilização de uma ética preventiva a fim de identificar áreas comuns e conflitantes na relação médico-paciente e permitir negociá-las num processo que

¹⁴⁵ BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p. 164-165.

¹⁴⁶ Idem, p. 164.

¹⁴⁷ FADEN; BEAUCHAMP, op. cit., p. 276-277, grifos dos autores.

¹⁴⁸ Idem, p. 280.

¹⁴⁹ Idem, p. 3.

¹⁵⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 2.144, de 17 de março de 2016. É ético o médico atender à vontade da gestante de realizar parto cesariano, garantida a autonomia do médico, da paciente e a segurança do binômio materno fetal. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2016/2144_2016.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2018.

amplifica a serventia de crenças e valores antes das decisões clínicas propriamente ditas¹⁵¹. Em momento que se discute e promove a humanização da gestão do parto, essa valorização das convicções da gestante evita que as escolhas das mulheres sejam guiadas sob falso pretexto do respeito à autonomia¹⁵².

Diante das informações trocadas nos encontros entre obstetra e gestante que compõem a rotina pré-natal desta, Chervenak e McCullough elencam algumas de caráter obrigatório e universais (ou seja, independente das requisições e do contexto médico da paciente), como (a) que o parto cesáreo ocorre em cerca de um terço das gestações; (b) que uma gestação considerada de baixo-risco pode rapidamente mudar para uma gestação de alto-risco durante o trabalho de parto, tornando o parto cesáreo necessário por indicações maternas ou fetais e (c) que o parto cesáreo não garante uma criança normal¹⁵³.

Outras obrigações didáticas são elencadas pelos autores como vinculadas às necessidades médicas e informacionais das gestantes e servem para preparar a paciente para complicações previstas e não previstas durante o trabalho de parto que possam requerer uma tomada de decisão rápida quanto à via de nascimento. São informações como o fato de o parto cesáreo nem sempre se resumir à dicotomia “pode ou não pode” e como essa alternativa será avaliada dentro do julgamento clínico; ou, ainda, como, às vezes, a cesariana se torna justificadamente recomendável *durante* o trabalho de parto¹⁵⁴.

Para Chervenak, McCullough e Brent, a ética preventiva inicia-se na identificação de quais condições dentro da prática clínica podem levar ao conflito ético, antecedendo o processo de formação do consentimento informado, o qual deve ser usado também para abordar e desarmar condições que possam criar este conflito¹⁵⁵. Neste caso, o processo de formação do consentimento informado já aproxima-se de um processo de decisão conjunta (ou compartilhada).

Beauchamp e Childress – provavelmente visando a amplitude de sua obra e, também, opondo-se àqueles que buscam sobrepor o consentimento informado pela decisão conjunta,

¹⁵¹ CHERVENAK; MCCULLOUGH, op. cit., p. 306-307. Segundo McCullough, Coverdale e Chervenak, a ética preventiva consiste em “elaborar estratégias clínicas que antecipem e busquem evitar conflitos éticos no processo de tomada de decisão sobre o manejo da gravidez” (MCCULLOUGH, Laurence B.; COVERDALE, John H.; CHERVENAK, Frank A. Ethical challenges of decision making with pregnant patients who have schizophrenia. *American Journal of Obstetrics and Gynecology*, v. 187, n. 3, p. 696-702(697), set. 2002).

¹⁵² CHERVENAK; MCCULLOUGH, 1990, op. cit., p. 307.

¹⁵³ CHERVENAK, Frank A.; MCCULLOUGH, Laurence B. Preventive ethics for cesarean delivery: the time has come. *American Journal of Obstetrics & Gynecology*, Filadélfia, vol. 209, p. 166-167(166), set. 2013. Editorial.

¹⁵⁴ Idem, p. 166-167.

¹⁵⁵ CHERVENAK, Frank A.; MCCULLOUGH, Laurence B.; BRENT, Robert L. The perils of the imperfect expectation of the perfect baby. *American Journal of Obstetrics & Gynecology*, Filadélfia, vol. 203, p. 101.e1-e5(e2), ago. 2010.

tratando-os como sinônimos – buscam separar estes dois conceitos, mas reconhecem que, de fato, muitas vezes o consentimento informado será uma decisão conjunta de trocas de informações antes de ser efetivamente uma autorização¹⁵⁶.

Contudo, deve-se frisar que, embora médico e paciente provavelmente alcançarão uma decisão juntos, eles não são obrigados. Neste caso, quando intransponíveis as diferenças entre gestante e médico, a ética preventiva ainda fornece a vantagem de detectá-las precocemente permitindo a indicação de um médico cuja sintonia de valores seja mais provável que com aquele¹⁵⁷.

É importante observar, ainda, que a qualidade do processo de formulação do consentimento informado não recai apenas no obstetra e requer tempo e interesse da gestante, um regime que inclui não só absorver e compreender informações sobre sua gravidez e alternativas médicas para administrá-la, como também avaliá-las dentro de seus valores pessoais e expressar sua preferência baseada neles¹⁵⁸, medida fundamental quando se trata de procedimento médico exposto a aleatoriedades e contratempos naturais à reprodução humana.

Assim elucidam Chervenak e McCullough:

Esse processo, por sua própria natureza, requer que a gestante dê atenção ao seu obstetra, ouça atentamente, pense e avalie cuidadosamente os benefícios e riscos do parto cesáreo, e entenda que, por indicações maternas ou fetais, o parto cesáreo pode tornar-se a única alternativa medicamente razoável para o parto.¹⁵⁹

Ao expor as condições que tornam a cesariana única via de parto possível e antecipar que, por vezes, o trabalho de parto pode se tornar um processo arriscado em questão de minutos, o médico pode prevenir litígios acerca dessa questão médica e superar o desafio ético¹⁶⁰ ao

¹⁵⁶ BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p. 163; Uma distinção mais completa entre decisão conjunta e consentimento informado se encontra em FADEN; BEAUCHAMP, op. cit., cap. 8. The concepts of informed consent and competence - The Problem of Shared Decisionmaking, p. 278-279.

¹⁵⁷ CHERVENAK; MCCULLOUGH. 1990, op. cit., p. 307.

¹⁵⁸ CHERVENAK, Frank A.; MCCULLOUGH, Laurence B. An ethical framework for the informed consent process for trial of labor after cesarean delivery. *Clinics in Perinatology*, v. 38, p. 227-231(229), jun. 2011.

¹⁵⁹ CHERVENAK; MCCULLOUGH, 2013, op. cit., p. 166. Tradução nossa de: “This process by its very nature requires the pregnant woman to give her attention to her obstetrician, to listen carefully, to think through and carefully assess the benefits and risks of cesarean delivery, and to appreciate that, for maternal or fetal indications, cesarean delivery can become the only medically reasonable alternative for delivery.”

¹⁶⁰ Expressão usada por Chervenak e McCullough: “Dadas as distrações do trabalho de parto e o momento para a intervenção cirúrgica que pode se originar quando indicações maternas ou fetais passam justificadamente a dominar o julgamento clínico, obter consentimento informado durante o parto para cesariana é, por sua própria natureza, eticamente desafiador.” (Idem, p. 166. Tradução nossa de: “Given the distractions of labor and the momentum for surgical intervention that can build as maternal or fetal indications justifiably come to dominate clinical judgment, obtaining informed consent during labor for cesarean delivery is, by its very nature, ethically challenging.”).

preparar a gestante de forma sincera para a formação de um consentimento que, numa cesariana de emergência, deve ser feita de forma rápida e sob influência de dor, fadiga e medo¹⁶¹ – justamente um procedimento onde o tempo é fator primordial e sofre interferência de fatores como língua, status social, condição médica e ansiedade¹⁶².

A falta de pesquisas específicas acerca da formação do consentimento informado durante uma cesárea de emergência levou Salmeen e Brincat a reconhecerem a possibilidade de se adotar uma rotina de formação do consentimento informado no pré-natal padronizada e universalizada¹⁶³, o que se aproxima de algumas medidas adotadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar que serão objeto deste estudo, mas alcança também as colocações de Beauchamp e Childress sobre a segunda definição de consentimento informado, ou seja, aquela formulada dentro de contexto institucional padronizado voltado antes à satisfação de procedimentos pelo profissional que à garantia da escolha substancial da paciente.

Uma outra colocação destes autores é precisa ao caso aqui tratado: “o consentimento informado é dado especificamente com o tempo, e pode ser retirado com o tempo”¹⁶⁴. Diante das suspeitas de utilização da rotina pré-natal para impor a visão do médico à paciente e convencê-la a realizar a cesariana para satisfazer antes os valores e objetivos daquele, suprimindo o exercício da autonomia da gestante, a sugestão por padronizar e universalizar a rotina de formação do consentimento informado no pré-natal acaba se mostrando tentadora.

Neste caso, considerando a pluralismo vigente, bem como a importância do consentimento informado na consagração da autonomia da paciente, uma solução pode estar num meio termo entre a padronização e universalização e a completa ausência de roteiro, ou seja, um roteiro engessado não para resultar numa assinatura de consentimento, mas para enaltecer os direitos da paciente, incentivá-la a expor seus valores e medos, bem como a buscar compreender os riscos envolvidos neste procedimento.

3.2 Princípios da beneficência e da não maleficência

A beneficência é o objetivo do cuidado médico, ao mesmo tempo que sua própria justificação: é na promoção da saúde pela cura ou prevenção contra doenças que as terapias

¹⁶¹ SALMEEN; BRINCAT, op. cit., p. e1.

¹⁶² Idem, p. e6.

¹⁶³ SALMEEN; BRINCAT, op. cit., p. e6.

¹⁶⁴ BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p. 163.

clínicas encontram seu foco¹⁶⁵. Deste princípio decorre que o atendimento médico atenda aos interesses dos envolvidos em prol de seu bem-estar e buscando evitar danos a estes¹⁶⁶.

Este e outros papéis básicos que dão substância ao princípio da beneficência são elencados por Faden e Beauchamp:

O benefício positivo que o médico é obrigado a procurar é o alívio de doenças e lesões, se houver uma razoável esperança de cura. Os danos a serem prevenidos, removidos ou minimizados são a dor, o sofrimento e a incapacidade de lesões e doenças. Além disso, o médico é naturalmente proibido de causar danos se as intervenções infligirem dor e sofrimento desnecessários aos pacientes¹⁶⁷.

No julgamento clínico baseado na beneficência no pré-natal e assistência ao parto, o parto vaginal apresenta-se como o modo de entrega padrão até que surja uma base de evidências suficiente para justificar a cesariana¹⁶⁸, como um copo que vai enchendo ou uma balança.

Chervenak e McCullough, porém, embora reconheçam esta padronização, ressaltam que a escolha não é sempre dicotômica, podendo variar conforme as evidências e seu valor na indicação da cesariana¹⁶⁹. A esta colocação, vale a ressalva de que a ponderação destes riscos e benefícios cabe ao obstetra, mas pesquisas já mencionadas demonstraram como esses riscos são reinterpretados e desvalorizados quando em voga o parto da paciente (e não destes médicos ou suas esposas) e mesmo como as gestantes ponderam estes indicativos de forma distinta deles, apesar de poderem compreendê-los com qualidade.

Beneficência é palavra que hoje denota “fazer o bem”, relacionando-se com misericórdia, gentileza e caridade. As questões em bioética usualmente guardam uma relação com a garantia do bem-estar que a coloca numa posição intermediária entre “fazer o bem” (significado amplo) e ser misericordioso ou gentil (significados restritos)¹⁷⁰.

O princípio da não maleficência, por sua vez, desdobra-se do princípio da beneficência. Ainda assim, Beauchamp e Childress optaram em sua obra por distingui-los, enquanto outros apontam que se trata apenas da obrigação negativa proveniente da

¹⁶⁵ FADEN; BEAUCHAMP, op. cit., p. 9-10; BEAUCHAMP, op. cit., p. 5.

¹⁶⁶ DINIZ., op. cit., p. 39.

¹⁶⁷ “The positive benefit the physician is obligated to seek is the alleviation of disease and injury, if there is a reasonable hope of cure. The harms to be prevented, removed, or minimized are the pain, suffering, and disability of injury and disease. In addition, the physician is of course enjoined from doing harm if interventions inflict unnecessary pain and suffering on patients.” FADEN; BEAUCHAMP, op. cit., p. 12.

¹⁶⁸ CHERVENAK; MCCULLOUGH, op. cit., p. 166.

¹⁶⁹ Idem, p. 166.

¹⁷⁰ CULLITY, Garret. Beneficence. In: ASHCROFT, Richard E. et al (Ed.). *Principles of health care ethics*. 2. Ed. Chichester: John Wiley & Sons, 2007, p. 19-26(19).

beneficência: não fazer o mal. Essa obrigação negativa encontra-se desde o primórdio da codificação da ética nos cuidados médicos e é atribuída a Hipócrates: *primum non nocere* (primeiro, não prejudicar)¹⁷¹.

A justificativa para essa separação se dá na ordem prática, quando uma única ação ou omissão puder gerar um conflito entre evitar o mal ou garantir o cuidado, variando o valor de cada princípio conforme o caso¹⁷².

Na Constituição Federal de 1988, o princípio da não-maleficência é garantido pelo princípio da segurança, previsto no art. 5º, III: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”¹⁷³. A interpretação integrante deste princípio terá consequências amplas, como um papel fundante das disposições do Código Penal acerca da lesão ou homicídio, ou da previsão do Código Civil de 2002 (CC/2002) constante em seu art. 15: “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”¹⁷⁴.

Loureiro elucida que evitar estes danos depende necessariamente da avaliação, por parte do médico, do procedimento a ser aplicado a fim de não submeter o paciente a sofrimento desnecessário, acompanhado do dever de informar ao paciente acerca dos riscos e benefícios¹⁷⁵ e garantindo sua decisão final (ou de seu representante legal)¹⁷⁶.

Não é estranho recordar o princípio da autonomia enquanto simultaneamente se elucida o princípio da beneficência: isso ocorre porque a promoção do máximo bem-estar passa necessariamente pela promoção do valor da escolha autônoma na tomada de decisões acerca da saúde¹⁷⁷. Neste caso, o princípio da beneficência acaba por justificar o princípio do respeito à autonomia do paciente¹⁷⁸.

As discussões centrais neste ponto se dão em distinguir o que é apropriado e o que é inapropriado na garantia deste bem-estar. Na escolha da via de parto, essa adequação recai no papel da autoridade no exercício de um julgamento sobre o alcance deste conceito à gestante e ao bebê. Ou seja, a quem cabe a autoridade de exercer este julgamento, ao médico, ou à gestante? Uma pergunta cuja resposta presume-se mais prática e direta num caso de crianças ou de adulto incapaz, ganha contornos complexos neste caso.

¹⁷¹ BEAUCHAMP, op. cit., p. 4.

¹⁷² FADEN; BEAUCHAMP, op. cit., p. 10.

¹⁷³ BRASIL. 1988, op. cit.

¹⁷⁴ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 5 ago. 2018.

¹⁷⁵ LOUREIRO, Cláudia Regina Magalhães. *Introdução ao biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 13.

¹⁷⁶ Idem, p. 13.

¹⁷⁷ FADEN; BEAUCHAMP, op. cit., p. 14.

¹⁷⁸ Idem, p. 14.

Essa dificuldade na questão do parto pertence a uma maior discussão sobre independência e desenvolvimento da medicina moderna em torno do diagnóstico, terapia e reabilitação que assistiu na ascensão de um movimento pela emancipação do paciente a obrigação de considerar a subjetividade e bem-estar atinentes às opções disponíveis para tratamento¹⁷⁹. Ou seja, não é só o princípio da autonomia que requisita a observação do pluralismo e subjetividade de cada usuário de serviços médicos, mas também o princípio da beneficência passa a ser observado dentro desta obediência.

Além disso, ainda que diretrizes e recomendações derivadas da experiência diária de cuidados médicos sejam úteis para resolver situações complexas, não é possível estabelecer um esquema perene que ordene os princípios bioéticos. Essa impossibilidade não levou apenas a julgamentos conflitantes dentro de um hospital como também na articulação de ações e políticas sociais que interfiram nesses princípios¹⁸⁰.

Por fim, na gestação, escolhas acerca da beneficência nunca são individualizadas e sempre envolvem o bebê, o que usualmente pode causar divergência na forma como profissionais da saúde e gestantes cotidianamente ponderam os riscos e benefícios que ditam o princípio da beneficência.

Princípios bioéticos não são diretrizes, mas também não são essencialmente vagos, traduzem as preocupações da sociedade acerca dos cuidados médicos e pesquisas científicas, *mas não seus valores*. Para que suas aplicações sejam traduzidas no reconhecimento dos valores dos cidadãos, estes precisam tanto descobri-los como relacioná-los aos princípios de forma autônoma e, evidentemente, legal.

3.3 Princípio da justiça

A justiça é, antes de mais nada, o princípio moral *básico* que define a cooperação vigente numa sociedade civilizada¹⁸¹. Autonomia e beneficência também são princípios culturais que definem os termos da cooperação social (o princípio da não maleficência, por exemplo, justifica a vedação ao homicídio ou à lesão corporal, entre outras¹⁸²), mas nenhum destes foram objeto de tratados voltados à cooperação social como fora o princípio da justiça¹⁸³.

¹⁷⁹ Neste sentido, VIAFORA, op. cit., p. xvii.

¹⁸⁰ HAVE, op. cit., p. 80.

¹⁸¹ BEAUCHAMP, op. cit., p. 6; FADEN; BEAUCHAMP, op. cit., p. 14.

¹⁸² Idem, p. 5.

¹⁸³ FADEN; BEAUCHAMP, op. cit., 14.

Na ética biomédica, empresta-se este conceito que justifica a distribuição de bens sociais – como benefícios econômicos ou direitos políticos – dentro de uma noção estrita de justiça distributiva¹⁸⁴ a fim de determiná-lo como demandante da imparcialidade na distribuição de riscos e benefícios dentro da prática médica¹⁸⁵.

Outro papel exercido por este princípio na bioética ocorre na proteção de sujeitos de pesquisa escolhidos unicamente por sua falta de poder social – órfãos, prisioneiros e menores infratores, por exemplo – sendo recomendada pela comissão responsável pelo *Belmont Report* medidas no sentido de protegê-los, como a opção por órfãos apenas em pesquisas que estudassem a relação do abandono em crianças e não apenas pela facilidade de conduzir investigações com vulneráveis¹⁸⁶.

A alocação de recursos e sua relação com o princípio da justiça é assunto recente nas discussões em bioética, apesar da sua importância. As já mencionadas alterações na medicina nos últimos anos, como envelhecimento da população e aumento da presença de doenças crônicas, apenas aquecerão esta produção científica. Neste sentido, as ponderações de Have permitem espreitar um pouco deste problemática:

Quais normas e valores são refletidos nos documentos de políticas públicas, bem como nas decisões reais de políticas públicas para os doentes crônicos? Valores importantes neste contexto são, por exemplo, solidariedade e justiça. No sistema de saúde holandês, a solidariedade parece implicar não apenas que a comunidade cuidará dos doentes e desamparados, mas também que os fracos limitarão suas reivindicações de cuidado quando não houver mais nenhuma perspectiva de uma vida significativa para eles. O valor da justiça também é significativo, pois parece que não temos uma visão orientadora de como uma sociedade justa e boa deve acomodar as necessidades especiais de seus membros com doenças crônicas. Em vista da crescente prevalência de doenças crônicas, os conceitos tradicionais de solidariedade e justiça se tornarão mais problemáticos.¹⁸⁷

Enquanto incipientes as pesquisas neste sentido, inexistentes são aquelas que relacionem, em bioética, doenças crônicas derivadas dos riscos da cesárea e alocação de

¹⁸⁴ BEAUCHAMP, op. cit., p. 6.

¹⁸⁵ DINIZ, op. cit., p. 40.

¹⁸⁶ EVANS, op. cit., p. 84.

¹⁸⁷ “What norms and values are reflected in public policy documents as well as actual public policy decisions for the chronically ill? Important values in this context are, for example, solidarity and justice. In the Dutch health care system, solidarity seems to imply not only that the community will take care of the ill and helpless but also that the weak will limit their claims to care when there is no longer any prospect of a meaningful life for them. The value of justice is significant as well since we seem to lack a guiding vision of how a just and good society should accommodate the special needs of its chronically ill members. In view of the growing prevalence of chronic illnesses, traditional concepts of solidarity and justice will become more problematic.” HAVE, op. cit., p. 88, tradução nossa.

recursos. Apesar disto, sabe-se que um dos malefícios da epidemia de cesáreas em voga é que o período de internação maior e o emprego de equipe médica completa (médico, anestesista, instrumentador, uso do centro cirúrgico) trazem a questão da alocação de recursos e seu desvio para a discussão acerca da escolha da via de parto.

Entretanto, não só essa alocação de recursos financeiros e pessoais a curto prazo: a possibilidade de aumento na morbi-mortalidade materno-infantil e disseminação de doenças crônicas associadas aos riscos de cesárea, colocam em cheque também o papel do princípio bioético da justiça na orientação de políticas e na sua *efetivação* a fim de resguardar que recursos não sejam consumidos no futuro por conta de uma imposição médica que limita a autonomia da gestante e põe em xeque o respeito aos princípios da beneficência e não maleficência.

3.4 Papel da informação na escolha da via de parto e na solução de conflitos entre princípios

Na ética médica, a autonomia é vista como uma característica individual do paciente, uma questão de independência ou a capacidade de tomar decisões e ações de forma independente¹⁸⁸. Essa capacidade é sempre relativa, ou seja, alguns pacientes em algumas situações irão sempre demonstrar graus maiores ou menores de autonomia¹⁸⁹, de acordo com sua capacidade técnica e com as evidências médicas do procedimento em discussão.

Enquanto se reconhece a desconsideração da autonomia da gestante, é possível observar também que os elevados índices de cesáreas na saúde suplementar no Brasil sugerem inconsistências na integridade profissional de obstetras, os quais consentem com partos planejados que envolvem indução do procedimento antes das semanas recomendadas e com a adoção da cesárea sem razão clínica ou evidências médicas que suportem este procedimento.

Tradicionalmente, os obstetras vêm fundamentando seus julgamentos clínicos no princípio da beneficência, e diferente não seria, quando o objetivo dos cuidados em saúde e a própria justificativa da medicina é o bem-estar da paciente¹⁹⁰. Sua aplicação médica na escolha da via de parto, porém, não é dicotômica, ou seja, muitas vezes a evidência suportará mais de uma forma de parto possível¹⁹¹.

¹⁸⁸ O'NEILL, Onora. *Autonomy and trust in bioethics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 23.

¹⁸⁹ Idem, p. 23.

¹⁹⁰ FADEN; BEAUCHAMP, op. cit., p. 9.

¹⁹¹ KALISH; MCCULLOUGH; CHERVENAK, op. cit., p. 883.

A incorporação da opção da cesariana a pedido entre as opções de parto reforça a autonomia da mulher uma vez que expande as opções disponíveis para sua escolha de via de parto¹⁹². Esse fortalecimento da autonomia, por outro lado, pode colaborar para o desbalanceamento da equação autonomia/beneficência, uma vez presente também o respeito ao bem-estar e à proteção de mães e bebês¹⁹³.

Além disso, sequer a defesa da opção por cesárea como reforço do princípio da autonomia encontra unanimidade entre pesquisadores de bioética, reforçando Kukla et al que, entre aqueles atentos à medicalização e inclusão tecnológica na gravidez, o movimento de normalização da cesárea contribui para restringir sua confiança em seu corpo e sua participação no processo de nascimento¹⁹⁴.

Quando, de um lado, sustenta-se que o fornecimento da opção da cesariana a pedido materno reflete uma obediência e reforço do princípio da autonomia em bioética enquanto, do outro lado, defende-se que esta provisão reduz a autonomia da gestante sobre seu corpo e seu tratamento médico, é possível aferir que o choque de posições científicas e ativistas demonstra que resta nem mesmo delimitado em contexto ético biomédico o princípio da autonomia no que tange às prioridades do parto.

A solução apontada por Kukla et al neste caso, recai sobre a necessidade de oferecer mais substância ao entendimento da autonomia no contexto do parto antes de necessariamente harmonizar princípios de bem-estar e autonomia dentro de um contexto ético¹⁹⁵.

Em um plano ideal, o processo de decisão acerca da via de parto deve derivar de uma relação na qual médico e gestante alcançam uma decisão que reforce a autonomia da paciente e promova cuidado em saúde de qualidade e com bons resultados para mãe e bebê¹⁹⁶. Trata-se de um quadro palpável enquanto se resume o princípio da autonomia no caso em tela ao direito de escolher a via de parto sem coerção.

Quando, porém, a tomada de decisão – respeitando o princípio da autonomia – figura como uma abordagem que reconhece os valores incorporados pela gestante, a colaboração

¹⁹² KUKLA et al., op. cit., p. 2.

¹⁹³ Idem, p. 2.

¹⁹⁴ Idem, p. 2. A posição encontra respaldo não só entre pesquisadores do tema como também entre movimentos sociais de proteção da saúde da mulher, como o International Cesarean Awareness Network (I-CAN), que elenca entre seus quatorze pontos de crença (*statement of beliefs*): “recomendar e/ou realizar cesáreas sem indicação médica, incluindo as eletivas, é anti-ético para os que o fazem sem antes informar sobre os riscos e opções a curto e longo prazo.” (INTERNATIONAL CESAREAN AWARENESS NETWORK. About ICAN. Disponível em: <<http://www.ican-online.org/about-ican/>>. Acesso em: 31 ago. 2018. Tradução nossa de “Recommending and/or performing non-medically indicated cesareans, including elective, is unethical for providers without first informing of all risks of this option, both long and short term.”.)

¹⁹⁵ KUKLA et al, op. cit., p. 2.

¹⁹⁶ Idem, p. 3.

médico/paciente a fim de garantir esse “plano ideal” apresenta-se de difícil solução na promoção da autonomia e respeito à integridade física da mãe e bebê¹⁹⁷.

Kukla et al exemplificam essa diferenciação entre balanceamento de princípios no plano ideal e naquele que observa os valores e crenças da gestante sintetizando que a ciência pode prever a probabilidade de resultados mas não pode antever aqueles mais importantes para cada gestante e sugere que, nestes casos, gestantes devem ser estimuladas a exhibir suas circunstâncias de vida antes mesmo de ouvir os riscos médicos relacionados aos diferentes procedimentos¹⁹⁸. Isso apenas reforça o valor da informação na construção de um consentimento informado no processo de escolha de via de parto e como cada mulher terá seu tempo e sua reação individualizada para as informações disponíveis.

Como expõem os autores supracitados, não se trata de permitir a invasão de elementos subjetivos numa prática médica coberta de racionalização e baseada em evidência, pelo contrário, uma vez que a valorização do risco só ocorre dentro de certos valores pessoais encobertos pela intimidade e ansiedade que permeiam a gestação, *evitar essa intimidade irá ao*

¹⁹⁷ KUKLA et al, op. cit., p. 3.

¹⁹⁸ Neste sentido, Kukla pontua que “a atenção séria à autonomia da paciente parece requerer que se tragam os valores dela mais cedo, ao determinar quão arriscadas são as várias opções médicas. A probabilidade de vários desfechos possíveis de partos vaginais ou cesáreos, como fertilidade futura, duração da recuperação ou incontinência subsequente, pode ser medida cientificamente, mas as probabilidades sozinhas não nos dirão como as mulheres individualmente valorizam esses resultados. A incontinência moderada pode ser uma humilhação insuportável ou uma incapacidade debilitante para uma bailarina profissional, e uma inconveniência irritante, mas bastante administrável, para uma mulher que passa a maior parte do tempo em sua mesa em um consultório particular. A recuperação lenta da cirurgia abdominal pode representar uma crise para uma mãe solteira com várias outras crianças em casa e pouca ou nenhuma licença de maternidade remunerada, ou um desconforto relativamente pequeno para uma mãe de primeira viagem com um cônjuge solidário e disponível. Assim, o domínio das decisões de nascimento e parto é aquele em que o tamanho dos diferentes riscos irá variar muito dependendo do significado dos vários resultados para uma paciente em particular, pois esses resultados estarão situados no contexto de sua narrativa, necessidades e projetos maiores, suas responsabilidades familiares e comunitárias e seus relacionamentos, bem como seus valores culturais. Em suma, simplesmente não há resposta para quão arriscada é a via de parto com base apenas nas estatísticas; as perspectivas das mulheres necessariamente desempenham um papel na avaliação do risco em primeiro lugar.” (Idem p. 4. Tradução nossa de: “Serious attention to patient autonomy would seem to require bringing patient values in earlier, when determining how risky various medical options are. The probability of various possible outcomes from vaginal or cesarean births, such as future fertility, duration of recovery, or subsequent incontinence, can be measured scientifically, but probabilities alone will not tell us how individual women value these outcomes. Moderate incontinence may be an unbearable humiliation or a debilitating incapacity for a professional dancer, and an annoying but quite manageable inconvenience a woman who spends most of her time at her desk in a private office. Slow recovery from abdominal surgery may represent a crisis for a single mother with several other children at home and little or no paid maternity leave, or a relatively minor discomfort for a first-time mother with a supportive and available spouse. Thus the domain of birth and delivery decisions is one where the size of different risks will vary greatly depending on the meaning of the various outcomes for a particular patient, as these outcomes will be situated within the context of her larger narrative, needs, and projects, her family and community responsibilities and relationships, and her cultural values. In short, there is just no answer to how risky an approach to delivery is on the basis of statistics alone; women’s perspectives necessarily play a role in measuring risk in the first place.”).

*contrário permitir a invasão de distorções que justamente prejudicam as evidências e objetividades da prática médica*¹⁹⁹.

Veja, neste sentido, o exemplo apresentado por Kukla et al:

[...] ao escolher qual antibiótico devemos usar para tratar uma infecção bacteriana, normalmente devemos tolerar uma faixa bastante estreita de risco razoável; uma vez que as diferenças que acompanham os diferentes antibióticos não penetram profundamente nas narrativas e nos valores dos pacientes, mesmo uma pequena diferença nos riscos e benefícios totais esperados é suficiente para justificar um aconselhamento bastante diretivo por parte dos médicos. Em contraste, quando se trata de administrar a direção de cuidados paliativos, ou abordando uma desfiguração facial grave, reconhecemos que haverá uma gama mais ampla de opções razoáveis. Entendemos que pacientes diferentes podem escolher, de maneira razoável, caminhos muito diferentes, incluindo o que pode ser visto como caminhos relativamente "arriscados", porque as escolhas que eles fazem sobre o tratamento não têm apenas efeitos médicos, mas impactos amplos nas narrativas pessoais dos pacientes, em seu sentido de identidade e dignidade, e sobre suas relações sociais e contextos. Nós não consideramos uma paciente terminal de câncer irracional por recusar um tratamento imediatamente debilitante que pode prolongar sua vida por alguns meses, porque ela quer participar do casamento de seu neto no próximo mês. [...] Quando um paciente está decidindo como morrer, como dar à luz, ou como lidar com uma grande deficiência, opções que falham em minimizar os riscos médicos ainda podem ser as escolhas mais racionais, dados outros danos potenciais como indignidade, abandono ou alienação, ou benefícios como segurança, fidelidade aos entes queridos ou uma sensação de conforto com a própria narrativa. O nascimento é um evento importante e íntimo e as mulheres podem ter várias razões para tolerar racionalmente pequenos aumentos no risco médico a fim de evitar outros danos ou obter outros benefícios.²⁰⁰

¹⁹⁹ KUKLA et al., op. cit., p. 4-5.

²⁰⁰ “[...] when choosing which antibiotic we should use to treat a bacterial infection, we normally ought to countenance a quite narrow range of reasonable risk; since the differences accompanying different antibiotics do not penetrate deeply into patients’ narratives and values, even a small difference in expected total risks and benefits suffices to warrant some quite directive counseling on the part of physicians.¹³ In contrast, when it comes to managing the course of palliative care, or addressing a severe facial disfigurement, we recognize that there will be a wider range of reasonable options. We understand that different patients may reasonably choose very different paths, including what might be viewed as relatively ‘risky’ paths, because the choices they make about treatment have not just medical effects but wide-ranging impacts on patients’ personal narratives, on their sense of identity and dignity, and on their social relationships and contexts. We do not deem a terminal cancer patient irrational for refusing an immediately debilitating treatment that may extend her life by a few months because she wants to be able to attend her grandson’s wedding next month. The more intimately and extensively a decision penetrates our lives, the more it will be attended by agent-relative, extramedical costs and benefits that play a large role in determining the overall most reasonable course of action. When a patient is deciding how to die, how to give birth, or how to come to terms with a major disability, options that fail to minimize medical risks can still be the most rational choices, given other potential harms such as indignity, abandonment, or alienation, or benefits such as security, fidelity to loved ones, or a sense of comfort with one’s own narrative. Birth is a momentous and intimate event, and women may have a variety of reasons for rationally tolerating small increases in medical risk in order to avoid other harms or to gain other benefits.” Idem, p. 4, tradução nossa.

Como já mencionado, figura o processo de formulação do consentimento informado como estratégia básica de prevenção de conflitos que se estabelecem entre médico e paciente através de uma abordagem ética preventiva focada na disposição de informações adequadas para compreensão da gestante e consequente exercício de uma escolha voluntária da via de parto por parte desta²⁰¹.

Assim, obedecendo o nível intelectual das gestantes e um ritmo adequado para sua compreensão, Chervenak e McCullough elencam como prioritário um roteiro de informações que inicia pelos índices de cesáreas do país, do hospital escolhido para o parto e do próprio obstetra que conduzirá o procedimento, assim como as crenças que o médico faz de certas práticas obstétricas, como parto domiciliar, pélvico e a própria cesárea²⁰².

Em seguida, ainda no modelo proposto pelos autores, o médico deve informar que 3% dos nascidos vivos são acometidos por anomalias fetais, explicando os testes diagnósticos disponíveis, seus malefícios e benefícios bem como o fato de que algumas dessas irregularidades fetais podem ser detectadas por esses métodos, enquanto outras não.²⁰³

Acerca desses testes, importante frisar as conclusões de Nicolaides et al, os quais descreveram que as mulheres grávidas são capazes de exercer decisões informadas fundamentadas na melhor evidência de riscos acerca de diagnósticos invasivos – como o teste de alterações no gene trissomia do cromossomo 21, responsável pela Síndrome de Down –, isto é, quando expostas a informações rigorosas baseadas em evidências, as gestantes são capazes de exercer sua autonomia com racionalidade científica e ética²⁰⁴, qualidade e capacidade que não devem ser subestimadas no exercício médico.

O terceiro passo nesse modelo reside na explicação de que “a inteligência é um traço multifatorial e que mesmo o cuidado obstétrico ideal não pode garantir a inteligência normal ou mesmo a ausência de defeitos do sistema nervoso central”²⁰⁵, enquanto em quarto lugar está a ciência da gestante de que, em algumas ocasiões, uma gravidez de rotina pode se tornar uma gravidez de alto risco de forma rápida e sem prévio aviso, como nos casos de ruptura prematura

²⁰¹ CHERVENAK; MCCULLOUGH, 1990, op. cit., p. 303-304.

²⁰² Idem, p. 304.

²⁰³ Idem, p. 304.

²⁰⁴ NICOLAIDES, Kypros H. et al. Evidence-based obstetric ethics and informed decision-making by pregnant women about invasive diagnosis after first-trimester assessment of risk for trisomy 21. *American Journal of Obstetrics and Gynecology*, Filadélfia, v. 193, n. 2, p. 322-326(325), ago. 2005.

²⁰⁵ CHERVENAK; MCCULLOUGH, 1990, op. cit., p. 304, tradução nossa de: “intelligence is a multifactorial trait and that even optimal obstetric care cannot guarantee normal intelligence or even freedom from central nervous system defects”.

de membranas ou de parto prematuro – situações que exigem da mãe algumas decisões complexas²⁰⁶.

Por fim, os autores recomendam que, às mulheres que estão considerando o parto domiciliar, deve haver uma apresentação objetiva dos benefícios e riscos, assim como da necessidade de suporte diante da possibilidade de ocorrerem eventos adversos²⁰⁷.

Ainda que o modelo proposto por Chervenak e McCullough guarde algumas influências particulares do país e época em que foram propostos – como a possibilidade de realizar um aborto legal nos Estados Unidos, a adoção por empresas de testes genéticos de um padrão de marketing focado diretamente no consumidor²⁰⁸ e mitos propagados nas décadas de 1980 e 1990 que relacionavam vias de parto e inteligência dos bebês –, ele demonstra como a informação fornecida pelo obstetra atende, enquanto focado nas rotinas das diferentes vias de parto, ao princípio da autonomia e, enquanto voltado para as possíveis adversidades, ao princípio da beneficência, ou seja, utiliza-se o consentimento informado, que é a marca do princípio ético do respeito à autonomia²⁰⁹, aliado a uma estratégia de ética preventiva, para reforçar a atenção ao princípio da beneficência.

Assim, importante as conclusões de Kalish, McCullough e Chervenak:

A expertise e a autoridade dos médicos não devem ser organizadas para convencer uma mulher a escolher o parto por cesariana. O respeito pela autonomia dos pacientes não deve ser usado como desculpa para realizar mais cesarianas por motivos como a conveniência de um médico. Através de uma cultura organizacional de beneficência e autonomia dos pacientes, guiada por rigorosa revisão por pares, pode nascer um ideal obstétrico verdadeiro e justo.²¹⁰

Diante deste cenário, onde prós e contras não determinam com exatidão qual via de parto seguir, é possível supor que a solução seria maximizar a autonomia da gestante encorajando-a a exercer a escolha final. Para essa solução, Kukla et al apresentam algumas proposições que demonstram a complexidade ética dessa solução e como ela não reforça a autonomia reprodutiva da mulher.

²⁰⁶ CHERVENAK; MCCULLOUGH, 1990, op. cit., p. 304.

²⁰⁷ Idem, p. 304.

²⁰⁸ Sobre este assunto, THE AMERICAN COLLEGE OF OBSTETRICIANS AND GYNECOLOGISTS. Consumer testing for disease risk. *Obstetrics & Gynecology*, v. 130, n. 5, p. e270-273, nov. 2017.

²⁰⁹ Assim, SALMEEN; BRINCAT. 2013, p. e5.

²¹⁰ “Doctors’ medical expertise and authority should not be marshalled to convince a woman to choose caesarean delivery. Respect for patients’ autonomy should not be used as an excuse to undertake more caesarean sections for reasons such as a doctor’s convenience. Through an organisational culture of beneficence and patients’ autonomy, guided by rigorous peer review, a true and just obstetric ideal can be born.” KALISH; MCCULLOUGH; CHERVENAK, op. cit., p. 884, tradução nossa.

Os autores ressaltam que o exercício de oferecer escolhas traduz um ato comunicativo substantivo que pode carrear efeitos performativos, agindo sobre seus valores e preferências²¹¹. Mais importante que caracterizar este ato, porém, Kukla et al alertam para a falta de pesquisas empíricas capazes de relacionar procedimentos e conversas médicas com valores e necessidades da gestante e para a existência de significativa literatura qualitativa empírica que demonstra justamente que pacientes não enxergam a disposição de uma variedade de opções de cuidados médicos como um reforço da sua autonomia, mas sim como forma de abandono que interfere no compromisso que exercem sobre seus próprios cuidados de saúde²¹².

Por outro lado, os autores não sustentam a ausência de opções e o monopólio do médico na escolha da via de parto, concluindo que diretrizes e práticas médicas que dão voz às preferências da mulheres estão de acordo com o nascimento como um espaço onde variados valores pessoais e fatores não-médicos exercem influências nos medos e expectativas das gestantes no nascimento²¹³.

As conclusões alcançadas por Kukla et al são uma síntese das pressões da gestação e da complexidade da escolha da via de parto e desencadeiam na preocupação em adotar um modelo de abordagem que alie valores e preferências maternas a fatores médicos:

[...] aumentar a autonomia das mulheres no nascimento não é uma questão nem de diretrizes claramente prescritivas, que especificam um modo de parto ‘melhor’ para mulheres baseado apenas em indicações médicas oficiais, nem de seguir um ‘modelo de consumo’ em que às mulheres é simplesmente oferecido um menu de opções, juntamente com uma ladainha sobre sua respectiva panóplia de riscos, e deixadas para realizar seu pedido. Os valores e as preferências das mulheres devem ter um papel importante na determinação da via de parto. Mas suas vozes devem ser engajadas no decorrer de uma conversa destinada a determinar a melhor abordagem para o parto, considerando sua situação individual, incluindo fatores médicos, como apresentação fetal e índice de massa corporal, fatores narrativos, como planejamento familiar e nível de apoio em casa durante a recuperação, e valores pessoais, como associar a dignidade pessoal e o controle à tentativa ou negativa de um parto vaginal. Tais conversas, no mínimo, precisam ser sensíveis a pressões culturais complicadas e muitas vezes contraditórias, como a associação generalizada de partos viabilizados tecnologicamente com nascimentos seguros, ou retórica generalizada que trata o parto vaginal não medicado como uma realização moral e o parto cesáreo como um fracasso materno, e uma ética dominante de auto sacrifício materno. Eles também precisam ser sensíveis ao fato de que as mulheres diferem em suas preferências sobre o processo de escolha em si. Algumas mulheres valorizarão a apresentação explícita e detalhada de opções, outras se sentirão sobrecarregadas em vez de livres pela ideia de detalhar um ‘plano de parto’, e

²¹¹ KUKLA et al., op. cit., p. 5.

²¹² Idem, p. 5-6.

²¹³ Idem, p. 6.

ainda outras, é claro, simplesmente não atribuem um significado enorme a qual orifício sairá seu bebê, contanto que saia com segurança (e podem sentir um ressentimento de que deveriam). Conversas sobre como dar à luz – como conversas sobre como morrer – não são governadas por um roteiro genérico, ou um questionário de exclusão rotineiro; em vez disso, eles devem proceder através de sondagens respeitadas e receptividade às preocupações, questões e valores emergentes, incluindo a receptividade ao desejo de não continuar a conversa.²¹⁴

Enquanto a pesquisa de Kukla et al valoriza a consideração de fatores narrativos e pessoais da gestante no ato comunicativo entre paciente e médico como forma de assegurar sua autonomia²¹⁵, o modelo proposto por Chervenak e McCullough defende que gestante deve ouvir com cuidado e medir benefícios e riscos da cesárea a partir das informações fornecidas pelo obstetra, além de aceitar que há casos nos quais o parto cesáreo torna-se a única opção médica razoável para o parto²¹⁶.

Em comum, as sugestões apresentadas valorizam o papel do obstetra nas consultas pré-natais para condução das expectativas da gestante e formação de um consentimento informado centrado no interesse e valores dela. Considerar que a gestante realizou seu consentimento informado apenas nas informações fornecidas pelos médicos requer a presunção de que a decisão da gestante fora suficientemente embasada em informações acessíveis, precisas e imparciais fornecidas por aqueles²¹⁷.

Neste enfoque, são valiosas as observações de Hillan, a qual, numa pesquisa conduzida com cem primíparas em gestação de baixo risco (cinquenta das quais realizaram parto pela via

²¹⁴ “[...] enhancing women’s autonomy in birth is a matter neither of plainly prescriptive guidelines, which specify a ‘best’ mode of delivery for women based solely on official medical indications, nor of following a ‘consumer model’ in which women are simply offered a menu of options, along with litanies about their respective panoply of risks, and left to place their order. Women’s values and preferences should have an important role in determining approach to delivery. But their voices should be engaged in the course of a conversation designed to determine the best approach to delivery given their individual situation, including medical factors such as fetal presentation and body mass index, narrative factors such as plans for future children and level of support at home during recovery, and personal values such as associating personal dignity and control with attempting or avoiding a vaginal birth. Such conversations, at a minimum, need to be sensitive to complicated and often contradictory cultural pressures such as the widespread association of technologically mediated birth with safe birth, pervasive rhetoric that treats unmedicated vaginal birth as a moral accomplishment and cesarean birth as a maternal failure, and a dominant ethic of maternal self-sacrifice. They also need to be sensitive to the fact that women differ in their preferences about the process of choice itself. Some women will value explicit and detailed presentation of options, others will feel burdened rather than liberated by the idea of detailing a ‘birth plan,’ and still others, of course, simply don’t attach enormous significance to which orifice their baby exits, as long as it comes out safely (and may resent an implication that they should). Conversations about how to give birth – like conversations about how to die – are not governed by one-size-fits-all scripts, or routine check-off questions; instead, they ought to proceed via respectful probes and receptivity to emerging concerns, questions, and values, including receptivity to a desire not to continue the conversation at all.” KUKLA et al., op cit., p. 6-7. Tradução nossa.

²¹⁵ KUKLA et al, op. cit., p. 6-7.

²¹⁶ CHERVENAK; MCCULLOUGH, 2013, op. cit., p. 166.

²¹⁷ GAMBLE, Jenny A.; CREEDY, Debra K. Women’s request for a cesarean section: a critique of the literature. *Birth*, v. 27, n. 4, p. 256-263(262), dez. 2000.

cesárea e outras cinquenta que realizaram parto vaginal), identificou, mediante questionário conduzido três meses após o parto, que 20% das mães não conseguiam explicar ou não sabiam por que fora conduzida a cirurgia cesárea, enquanto outras 16% podiam explicar de forma apenas parcialmente acurada as razões²¹⁸. Assim, a autora sugere que, por vezes, as gestantes não se encontravam em condições de entender plenamente as informações fornecidas ou estas não foram fornecidas de forma plena em momento algum²¹⁹.

A conclusão da autora vai de encontro com a proposta pela investigação de Nicolaides et al, que observou a capacidade das gestantes a escolher a melhor opção ante a realização de exame invasivo para diagnóstico precoce de Síndrome de Down em seu filho ainda na barriga quando expostas a diretrizes clínicas consideradas técnicas²²⁰. Neste caso, pode-se sugerir que essa incongruência apenas ilustra a inconsistência científica quanto à atuação da informação na autonomia da gestante, já mencionadas no capítulo anterior, ou que o processo cognitivo acerca da escolha da via de parto é mais complexo e também mais importante, sofrendo muito mais interferência da ansiedade e medos da gestante que a escolha de diagnóstico que pode muito bem ser feito após o parto.

Ainda assim, observa-se que o respeito ao princípio da autonomia passa pela construção de uma relação de respeito onde florescem as opiniões e narrativas das pacientes e, mesmo que se reconheça o abismo técnico existente entre estas e os médicos, a preocupação com a compreensão de riscos e benefícios deve ser tão importante quanto ao reforço das narrativas pessoais e valorativas da gestante. Só com a elevação da ideia que faz a gestante da via de parto é possível construir um processo de escolha que reforce sua autonomia, mas só com a garantia de que ela compreender riscos e benefícios é possível assegurar que sua autonomia alcançou a preocupação com a beneficência dentro de um contexto clínico baseado em evidências.

²¹⁸ HILLAN, Edith. Issues in the delivery of midwifery care. *Journal of Advanced Nursing*, Hoboken, n. 17, p. 274-278(277-278), 1992.

²¹⁹ Idem, p. 278.

²²⁰ NICOLAIDES et al, op. cit., p. 325.

4 A AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR E A REDUÇÃO DOS ÍNDICES DE CESÁREAS

Assim como a emergência da epidemia de cesáreas é assunto recente e globalizado, sua regulamentação no sentido de coibir essa situação e garantir a adoção de medidas que humanizem o parto também são incipientes no Brasil e na América Latina.

No país, a regulamentação do parto inicia-se em 2005, com a edição da Lei n. 11.108, de 7 de abril de 2005 que buscava assegurar a presença de acompanhante durante o trabalho de parto no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)²²¹.

Além da garantia de acompanhante, à gestante atendida no SUS é assegurada pela Lei n. 11.634, de 27 de dezembro de 2007, conhecer previamente a maternidade onde realizará seu parto ou será atendida em casos de intercorrência pré-natal²²², ou seja, a gestante tem direito de realizar uma visita à maternidade durante sua gestação para melhor se familiarizar com o local onde dará a luz.

O Ministério da Saúde, em 20 de fevereiro de 2017, editou a portaria n. 353, que aprova as Diretrizes Nacionais de Assistência ao Parto. Trata-se de documento formulado por grupo interdisciplinar orientado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC) que traz recomendações a respeito do local de parto, cuidados de comunicação e respeito, apoio físico e emocional, dieta no trabalho de parto, estratégias e métodos de alívio da dor, adoção do partograma para monitoramento do parto, entre outros²²³.

O Conselho Federal de Medicina (CFM), autarquia criada pela Lei n. 3.268, de 30 de setembro de 1957, e que tem, ao lado de seus Conselhos Regionais de Medicina, a incumbência, entre outras, de supervisionar a ética profissional no âmbito nacional²²⁴, publicou a Resolução

²²¹ BRASIL. *Lei n. 11.108, de 7 de abril de 2005*. Altera a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm>. Acesso em: 20 dez. 2018; posteriormente, a Lei n. 12.895, de 18 de dezembro de 2013, alterou novamente o a Lei do SUS a fim de incluir a obrigação dos hospitais em manter aviso indicativo nos corredores das maternidade informando o direito a acompanhante. BRASIL. Lei n. 12.895, de 18 de dezembro de 2013. Altera a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, obrigando os hospitais de todo o País a manter, em local visível de suas dependências, aviso informando sobre o direito da parturiente a acompanhante. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12895.htm#art1>. Acesso em: 20 dez. 2018.

²²² BRASIL. Lei n. 11.634, de 27 de dezembro de 2007. Dispõe sobre o direito da gestante ao conhecimento e a vinculação à maternidade onde receberá assistência no âmbito do Sistema Único de Saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11634.htm>. Acesso em: 21 dez. 2018.

²²³ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde. Diretrizes nacionais de assistência ao parto normal, 2017.

²²⁴ BRASIL. Lei n. 3.268, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3268.htm>. Acesso em: 22 dez. 2018.

n. 2.144, de 15 de março de 2016, que limitou o atendimento dos médicos à cesariana a pedido materno apenas após a 39ª semana de gestação, visando assim acabar com o hábito do agendamento de cesarianas para antes da 39ª semana, exigindo ainda que “a decisão deve ser registrada em termo de consentimento livre e esclarecido, elaborado em linguagem de fácil compreensão, respeitando as características socioculturais da gestante” (art. 1ª, parágrafo único)²²⁵.

No Estado de São Paulo, por sua vez, a Lei Estadual n. 15.759, de 25 de março de 2015, fora editada a fim de assegurar o direito ao parto humanizado nos estabelecimento públicos de saúde do Estado, conceito aberto relacionado basicamente à garantia da natureza do parto, recebendo assim a definição da nova lei e a delimitação de seus princípios:

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

I - não comprometer a segurança do processo, nem a saúde da parturiente ou do recém-nascido;

II - só adotar rotinas e procedimentos cuja extensão e conteúdo tenham sido objeto de revisão e avaliação científica por parte da Organização Mundial da Saúde - OMS ou de outras instituições de excelência reconhecida;

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.

Artigo 3º - São princípios do parto humanizado ou da assistência humanizada durante o parto:

I - a harmonização entre segurança e bem-estar da gestante ou parturiente, assim como do nascituro;

II - a mínima interferência por parte do médico;

III - a preferência pela utilização dos métodos menos invasivos e mais naturais;

IV - a oportunidade de escolha dos métodos natais por parte da parturiente, sempre que não implicar risco para sua segurança ou do nascituro;

V - o fornecimento de informação à gestante ou parturiente, assim como ao pai sempre que possível, dos métodos e procedimentos eletivos.²²⁶

As recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS) são fundadas na adoção de medidas baseadas em evidências clínicas disseminadas no tempo e são constantemente alteradas, passando pela última modificação em 15 de fevereiro de 2018. A maior parte delas são recomendações técnicas de dilatação, posição do parto, administração de medicamento, etc. Contudo, reconhece a OMS, em suas indicações, o cuidado digno, a ausência de maus tratos, o

²²⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2016, op. cit.

²²⁶ ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Lei n. 15.759, de 25 de março de 2015*. Assegura o direito ao parto humanizado nos estabelecimentos públicos de saúde do Estado e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2015/lei-15759-25.03.2015.html>>. Acesso em: 21 dez. 2018.

apoio à escolha informada, a comunicação eficaz e a garantia de acompanhante durante o trabalho de parto²²⁷.

Enquanto isso, no Estado do Mato Grosso, a Lei Estadual n. 10.676, de 17 de janeiro de 2018, passou a obrigar que todos os hospitais e maternidades, públicos e privados, tenham sala adequada para realização de parto natural ou humanizado²²⁸.

Na Argentina, desde 2004 vigora a Lei Nacional n. 25.929, de 17 de setembro de 2004, que contempla um rol extensivo de direitos da mãe e do recém-nascido com enfoque no cuidado humanitário como também no direito à informação, com dispositivos inclusive que exigem a comunicação acerca de efeitos adversos do tabaco, álcool e drogas²²⁹. Unindo dispositivos que garantem, entre outros, informação, autonomia, respeito, parto natural, intimidade, consideração pelos valores culturais, acompanhamento e tratamento digno²³⁰, a referida legislação é um exemplo de dirigismo das ações de parto no sistema público em prol da pessoa humana e da adoção eficaz de regras a favor da humanização do parto.

No Uruguai, por sua vez, a promoção do parto humanizado e garantia de informação à gestante encontra-se garantido em na Lei n. 18.426, de 10 de dezembro de 2008, voltada à defesa dos direitos à saúde sexual e reprodutiva²³¹.

No México, encontra-se a única regulamentação que garante o acesso das gestantes aos índices de cesáreas do hospital em que elas realizarão o parto, seja ele público ou privado, além regularizar medidas semelhantes aos outros países relativas à humanização do parto e adoção de políticas públicas de conscientização²³².

As medidas adotadas pela Agência Nacional de Saúde a partir de 2015, por sua vez, traduzem particularidades que merecem seu estudo em separado. Inicialmente se observa ser o

²²⁷ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO recommendations: intrapartum care for a positive childbirth experience*, 2018, p. 3. Disponível em: <<http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/260178/1/9789241550215-eng.pdf?ua=1>>. Acesso em: 22 dez. 2018.

²²⁸ ESTADO DO MATO GROSSO. *Lei n. 10.767, de 17 de janeiro de 2018*. Torna obrigatório que todos os hospitais e maternidades do Estado de Mato Grosso, públicos e privados, tenham sala adequada para a realização de parto natural ou humanizado. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=355694>>. Acesso em: 22 de dez. 2018.

²²⁹ ARGENTINA. Ley n. 25.929, de 17 de setembro de 2004. Establécese que las obras sociales regidas por leyes nacionales y las entidades de medicina prepaga deberán brindar obligatoriamente determinadas prestaciones relacionadas con el embarazo, el trabajo de parto, el parto y el postparto, incorporándose las mismas al Programa Médico Obligatorio. Derechos de los padres y de la persona recién nacida. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/95000-99999/98805/norma.htm>>. Acesso em: 22 dez. 2018.

²³⁰ Idem.

²³¹ REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY. *Ley n. 18.426, de 10 de dezembro de 2008*. Defensa del derecho a la salud sexual y reproductiva. Disponível em: <<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp7090923.htm>>, acesso em: 22 dez. 2018.

²³² MÉXICO. Gaceta Parlamentaria, Número 4484-V, martes 8 de marzo de 2016. Reforma los artículos 64 y 64 Bis 1 de la Ley General de Salud. Disponível em: <<http://gaceta.diputados.gob.mx/Black/Gaceta/Anteriores/63/2016/mar/20160308-V/Iniciativa-21.html>>. Acesso em: 22 dez. 2018.

único regulamento direcionado ao mercado privado de saúde, além disso, representam uma forma de ação coletiva contemporânea dos movimentos sociais com características singulares, entre elas, a adoção da via judicial para formulação de política pública de regulação econômica.

4.1 A Agência Nacional de Saúde Suplementar e seus instrumentos de controle e participação

Atualmente, a ideia de correção de falhas de mercado não é suficiente para justificar todo o alcance atribuído à atividade regulatória estatal. A promoção da solidariedade social e a proteção dos direitos humanos, por exemplo, é consistente com uma regulação em sintonia com a justiça distributiva, a proteção de direitos e a cidadania²³³.

Neste padrão multifacetado de intervenção estatal, no qual se faz necessária a harmonia entre aspectos econômicos e sociais na regulação ante a priorização de apenas uma dessas feições²³⁴, a regulação da saúde surge como um modelo assentado na correção de externalidades e da assimetria da informação, no equilíbrio do poder de barganha, na promoção dos direitos humanos e no paternalismo²³⁵. Esta harmonia condiz com o novo papel do Estado como regulador do mercado, especializado e segmentado ao mesmo tempo que se afasta da direção puramente política dos processos econômicos a fim de se aliar à técnica e à sociedade²³⁶.

Além disso, a regulação efetiva depende de legitimidade e atenção às instituições sociais, alcançadas através de consulta à comunidade onde o debate exerce influência na política²³⁷. A participação da sociedade civil no processo decisório é possibilitada por mecanismos de consulta pública promovidos pelas agências regulatórias, notadamente, no Brasil, as audiências e consultas públicas. Contudo, neste cenário participativo, há uma relação de trocas desiguais de informações, atribuída por Asensi à deficiência de formação dos próprios cidadãos²³⁸.

²³³ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. Oxford: Oxford Scholarship, 2011. p. 23.

²³⁴ DOMINGUES, Juliana. As agências reguladoras e desenvolvimento. In: BARRAL, W. *Direito e Desenvolvimento: Análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Editora Singular, 2005. p. 167-191 (173).

²³⁵ BALDWIN; CAVE; LODGE., op. cit. p. 23.

²³⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O novo papel do estado na economia. *Revista de direito público da economia – RDPE*, n. 11, p. 99-120(107), jul./set. 2005.

²³⁷ SHEEHY, B.; FEAVER, D. Designing Effective Regulation: a normative theory. *University of New South Wales Law Journal*, Sydney, v. 38, n. 2, 2015, p. 392-425(414).

²³⁸ ASENSI, Felipe Dutra. A participação da sociedade civil nas decisões das agências reguladoras: mitos e desafios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 250, p. 75-101(87), jan./abr. 2009.

No caso da regulação do sistema de saúde suplementar, a complexidade e a importância da informação na democracia participativa que legitima a regulação²³⁹ são reforçadas pela ausência de conhecimento por parte dos consumidores quanto a estrutura e o funcionamento dos planos de saúde, assim como do conhecimento técnico referente aos medicamentos e tecnologias da área sanitária.

Em 6 de janeiro de 2015, foi adotada pela ANS a Resolução Normativa n. 368, a qual prevê a disponibilidade à beneficiária pelo plano de saúde do Cartão da Gestante, instrumento de registro das consultas de pré-natal desenvolvido pelo Ministério da Saúde²⁴⁰. Essa normativa determina ainda o acesso ao percentual de cirurgias cesáreas e de partos normais efetuados pela própria operadora, pelos estabelecimentos de saúde e pelos médicos nominados pela requerente, além do preenchimento do partograma, documento gráfico de registro do desenvolvimento do trabalho de parto. A adoção da referida resolução veio acompanhada do lançamento das campanhas de conscientização “Parto é Normal” e “Projeto Parto Adequado”²⁴¹.

A referida resolução visa garantir que a mulher tenha acesso a todas as informações necessárias para decidir sobre a via de parto que pretende adotar e contou com a participação popular a partir de duas consultas públicas veiculadas entre os meses de outubro e novembro de 2014²⁴². Seguiu-se a esta a adoção da Resolução Normativa n. 398, que dispõe sobre a obrigatoriedade de credenciamento de enfermeiros obstétricos e obstetrizes pelas operadoras e sobre a entrega às gestantes de uma nota de orientação acerca do parto cesáreo²⁴³.

A origem das resoluções normativas 368 e 398 está na Ação Civil Pública n. 0017488-30.2010.4.03.6100, proposta pelo Ministério Público Federal em face da ANS²⁴⁴, cuja sentença determinou a formulação e adoção de medidas por parte da agência a fim de reduzir os índices

²³⁹ ASENSI, op. cit., p. 87.

²⁴⁰ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Resolução Normativa n. 368, de 6 de janeiro de 2015*. 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. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=Mjg5Mg==>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

²⁴¹ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Parto é Normal*. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/parto-e-normal>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

²⁴² AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. 2014, op. cit.

²⁴³ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Resolução Normativa n. 398, de 5 de fev. de 2016*. Dispõe sobre a Obrigatoriedade de Credenciamento de Enfermeiros Obstétricos e Obstetrizes por Operadoras de Planos Privados de Assistência à Saúde e Hospitais que Constituem suas Redes e sobre a Obrigatoriedade de os Médicos Entregarem a Nota de Orientação à Gestante. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzE5Mw==>>. Acesso em: 05 jul 2018.

²⁴⁴ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Petição Inicial da Ação Civil Pública n. 0017488-30.2010.4.03.6100, em trâmite na 24ª Vara Cível da Justiça Federal – Seção judiciária do Estado de São Paulo; JUSTIÇA FEDERAL. Sentença da Ação n. 0017488-30.2010.4.03.6100, em trâmite na 24ª Vara Cível da Justiça Federal – Seção judiciária do Estado de São Paulo, j. 30 nov. 2015.

de cesáreas entre os planos privados de assistência à saúde. A ação teve origem numa representação proposta pela rede Parto do Princípio, que luta pela promoção da autonomia das mulheres no que diz respeito aos direitos sexuais e reprodutivos destas.

O estudo dessa forma de associativismo civil permite analisar as mudanças não na relação entre Estado e sistema político, mas nas atitudes práticas dos atores sociais²⁴⁵. No caso em tela, partiu-se de uma representação junto ao Ministério Público Federal para coagir uma entidade reguladora de planos de saúde a tomar medidas focadas na redução dos índices de cesáreas no país dentro do setor de planos privados de assistência à saúde.

Elevados índices de cesárea traduzem o desrespeito ao princípio bioético da autonomia mas, se tratando de um contrato de prestação de privada de saúde, ilustra também o desrespeito com a autonomia e dignidade da consumidora. Da mesma forma, tratando-se de uma cirurgia invasiva, relaciona-se com o direito à integridade física da mulher e, uma vez que acarreta e condiciona mazelas de saúde para mulheres e crianças, está inserido no processo saúde-doença cujos determinantes na população configuram o estudo da saúde pública.

Assim, resumindo, tem-se a atuação de um movimento social extremamente pulverizado – uma vez que atua num único direito (autonomia sexual e reprodutiva da mulher) – fazendo uso do poder coercitivo do judiciário para produzir normativas de regulação econômica com consequências, num aspecto amplo, na saúde pública e, num aspecto micro, na autonomia, beneficência e integridade física e direito à informação de gestantes consumidoras de planos de saúde.

Sancionada em 28 de janeiro de 2000, a Lei 9.961 foi responsável pela criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar, autarquia federal em regime especial incumbida da fiscalização e monitoramento das empresas fornecedoras de planos privados de assistência à saúde²⁴⁶. A partir de então, ganharam os planos privados de assistência à saúde um órgão responsável por sua regulação, normatização, controle e fiscalização, unificando, do ponto de vista da regulação, duas modalidades de contratos que já vinham sendo objeto de disposições da Lei 9.656, de 3 de junho de 1998 (Lei 9.9656/2000): os seguros privados de assistência à saúde e os planos privados de assistência à saúde.

Uma das fundamentais atribuições da ANS decorre da padronização dos serviços ofertados pelas operadoras, através de resoluções normativas que passaram a elencar os

²⁴⁵ AVRITZER, Leonardo. Um desenho institucional para o novo associativismo. *Lua Nova*, n. 39, p. 149-174(151), 1997.

²⁴⁶ BRASIL. *Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000*. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9961.htm>. Acesso em: 6 abr. 2017.

procedimentos de cobertura obrigatória pelos planos de saúde fundamentados no art. 10 da Lei nº 9.961/2000, o qual determina a competência da Diretoria Colegiada da ANS, e do § 4º do artigo 10 da Lei nº 9.656/1998, que atribui à ANS a definição da amplitude da cobertura ofertada pelos planos de saúde.

Esse esmiuçado controle estatal que interfere sobre a oferta de produtos da esfera privada remonta à noção de relevância pública que ganham os serviços de saúde no art. 197 da Constituição Federal de 1988, cabendo ao Poder Público dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle. Uma vez circunscritos numa modalidade de serviço de função essencial como esta, sua regulação se faz necessária “para que os interesses econômicos dos planos e seguros de saúde não venham a suplantar os interesses sociais que a atividade na área da saúde encampa”²⁴⁷.

Dessa forma, a relevância pública do serviço de saúde privada fez com que este se juntasse ao rol de atividades econômicas contempladas pela regulação estatal via agência reguladora federal cuja implantação iniciou-se em 1996 a partir da criação da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e que, em 2017, expandiu-se pela criação da Agência Nacional de Mineração (ANM), responsável pela gestão da atividade de mineração e dos recursos minerais brasileiros, exceto hidrocarbonetos e substâncias nucleares.

Qualquer forma de intervenção do Estado sobre a economia caracteriza a regulação²⁴⁸, sendo sistematicamente justificada sob um enfoque de correção de falhas de mercado, como os monopólios, os lucros excessivos, o comportamento anticompetitivo e os preços predatórios, as externalidades e a assimetria de informação. Dessa forma, observa-se que a criação da ANEEL não compreende uma iniciativa inédita no país, que já contava com outros órgãos e entidades da administração pública com a finalidade de intervir na economia, como, por exemplo, o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central do Brasil.

A criação da ANEEL e das agências que a sucederam representa, porém, uma inovação no modelo regulatório adotado no país diante de suas características legais e estruturais, marcadas, principalmente, pela decisão por meio de órgãos colegiados, pela independência decisória do órgão regulador, pela ampliação do poder regulamentar e jurisdicional da administração indireta e pela criação de mecanismos de *accountability* das atividades das

²⁴⁷ BARBOSA, Fabiano Alpheu Barone; MADRID Daniela Martins; FREITAS, Paulo Henrique de Souza. A missão da Agência Nacional de Saúde Suplementar perante os segurados do sistema. In: COSTA, Ilton Garcia da; FREITAS, Paulo Henrique de Souza (Org.). *Agências reguladoras como fator de inclusão social*. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 121-137(132).

²⁴⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2 ed. 2008; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *A Formação do estado regulador. Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo, n. 76, p. 139-156, nov. 2006.

agências e de participação pública no processo decisório, marcando assim uma nova forma institucional de atuação do Estado sobre o domínio econômico²⁴⁹.

É indiscutível que a adoção do modelo de autarquia especial para as agências reguladoras passa pela renovação administrativa que caracteriza essa nova forma de intervenção econômica, uma vez que garante “autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes”, conforme preconiza o artigo 1º, parágrafo único da Lei 9.961/2000. Segundo Asensi, a não submissão à hierarquia funcional, orçamentária e decisória da administração pública garante às agências reguladoras “um grau de liberdade decisória para a regulação de serviços jamais visto no Brasil, o que amplia a ideia de ‘desconcentração’ do poder decisório no âmbito estatal”²⁵⁰.

Tamanha independência se faz necessária pois, uma vez responsável pela regulação de bens e serviços de flagrante relevância pública, faz-se necessária a preservação das agências contra influências não relacionadas às suas decisões, que são exclusivamente técnicas. Como expõe Mattos,

[...] o insulamento burocrático seria necessário para garantir a estabilidade regulatória, protegendo as agências – tomadas como órgãos meramente técnicos – contra as influências das instituições políticas do Executivo e do Legislativo. Assim, estaria sendo assegurada uma regulação de mercados com base em critérios técnicos, dentro de uma racionalidade econômica não contaminada pelo jogo de pressões políticas ou pelos interesses patrimonialistas incrustados nas burocracias ministeriais ou nas empresas estatais, antes dos processos de privatização.²⁵¹

Embora revestido inerentemente de poder normativo infralegal, o que impossibilita a alteração ou revogação de lei por regulamentos ou resoluções editados pelas agências reguladoras, é inegável que a prerrogativa destas para a formulação de decisões técnicas marque também as mudanças no direito administrativo contemporâneo com uma ampliação da desconcentração do poder decisório no âmbito estatal²⁵² e ainda com a já citada proteção contra interesses incrustados no jogo político que não dizem respeito ao interesse público, cuja

²⁴⁹ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 182-230.

²⁵⁰ ASENSI, op. cit., p. 78.

²⁵¹ MATTOS. 2002, op. cit., p. 191.

²⁵² ASENSI, op. cit.

satisfação, segundo Mastrangelo, justifica a própria existência – dentro da ideia republicana – da administração, interesse público que não se limita ao de seus usuários, mas sim de todos²⁵³.

A independência decisória e autonomia financeira garantida às agências reguladoras contudo, não afastou do legislador a preocupação em criar mecanismos de controle das suas funções via diferentes entidades inseridas na sociedade, bem como nos poderes executivo, legislativo e judiciário, além de assegurar a publicidade de seus atos normativos e a prestação de contas aos poderes Executivo e Legislativo.

A título de exemplo, cumpre lembrar que o art. 49, V da Constituição Federal 1988 prevê, entre as competências do Congresso Nacional, “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”, ou seja, possibilita o veto legislativo quando seus atos ultrapassarem aquilo atribuído pelo próprio poder legislativo à sua competência legislativa. O controle legislativo passa ainda pela aprovação do Senado Federal na escolha dos dirigentes das agências reguladoras, conforme o artigo 52, III, *f* da Constituição Federal, e pela aprovação do Poder Legislativo da respectiva lei orçamentária. Por fim, sendo papel ainda do Congresso Nacional não só a elaboração de normas, como também a fiscalização e controle dos atos do Poder Executivo, marca o controle legislativo das agências reguladoras sua atribuição sobre a administração indireta do executivo, conforme preceitua a CF/1988 em seu artigo 49, X.

Não se estabelece, no caso da possibilidade de controle legislativo das agências reguladoras, uma relação de subordinação entre entes reguladores e poder legislativo, mas sim “limites de acordo com a legislação pelas quais foram constituídas”²⁵⁴. A própria autonomia característica às agências reguladoras vem justificar a fiscalização e o controle legislativo, uma vez que mantê-las sob a reserva deste poder significa colocá-las “sob a cautela dos representantes diretamente escolhidos pelo povo”²⁵⁵.

Compete à ANS, enquanto formulada pela Lei 9.961/2000, fiscalizar o cumprimento da Lei de Planos de Saúde, bem como aplicar as penalidades nela prevista. Prevê ainda a lei pela qual fora constituída a competência da diretoria colegiada de elaborar e divulgar relatórios periódicos sobre suas atividades (art. 10, V), bem como a competência do diretor-presidente quanto ao encaminhamento ao Ministério da Saúde dos relatórios periódicos elaborados pela

²⁵³ MASTRANGELO, Claudio. *Agências reguladoras e participação popular*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1 ed. 2005.

²⁵⁴ BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 3, p. 1-20(14), ago./out. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-3-agosto-2005-gustavo%20binenbojm.pdf>>, acesso em: 07 jul. 2017.

²⁵⁵ Idem, p. 14.

diretoria colegiada (art. 11, VII). Uma vez responsável pela aplicação da lei pela qual fora criada, bem como da Lei de Planos de Saúde, observamos aqui o alcance do controle judicial dos atos desta agência reguladora, restrito, portanto, aos limites da legalidade – embora eventualmente se tenha admitido a anulação de atos regulatórios frente ao conflito com os princípios da razoabilidade, moralidade e eficiência²⁵⁶.

Quando dispõe a necessidade de divulgação de relatórios sobre a sua atividade, por sua vez, demonstrou o legislador atenção com os mecanismos de *accountability* mencionados anteriormente que marcam a inovação do modelo regulatório adotado no país.

Somadas à institucionalização de mecanismos de participação popular, as características até aqui mencionadas referentes às agências reguladoras, quais sejam, independência decisória, delegação de funções à administração indireta e estabelecimento de ferramentas de controle dos seus atos, levam Mattos à conclusão de que as agências reguladoras representam “a construção de um novo *locus* de poder decisório”²⁵⁷, e que

[...] a dinâmica decisória típica das agências reguladoras é distinta daquela que caracteriza a ação da administração direta do Poder Executivo, sobretudo em razão da existência de mecanismos que permitem a participação ampliada do cidadão na definição normativa do *conteúdo da regulação*.²⁵⁸

Enquanto a participação dos cidadãos representam uma característica comum à administração pública contemporânea como um todo²⁵⁹, o interesse social envolvido especificamente na atuação da ANS demanda a formulação de espaços de discussão, uma vez em jogo interesses econômicos e de consumidores, inseridos num modelo misto de assistência à saúde de elevado interesse público e diretamente relacionado à prestação de saúde de toda a população, independente de distinção entre a parcela consumidora de planos privados de assistência à saúde ou a parcela usuária do Sistema Único de Saúde. Neste “jogo de interesses”, “o cidadão atua como um veiculador de demandas, ou seja, como um ator relevante na pactuação e negociação, para que as demandas sociais dos usuários de serviços públicos sejam legitimamente reconhecidas”²⁶⁰.

²⁵⁶ MASTRANGELO, op. cit.

²⁵⁷ MATTOS, 2002, op. cit. p. 183, grifos do autor.

²⁵⁸ Idem, p. 183.

²⁵⁹ ASENSI, op. cit.

²⁶⁰ Idem, p. 86.

4.2 Participação popular e agências reguladoras

A promoção da participação popular surge na discussão das agências reguladoras como contraponto a uma atividade reforçada por instrumentos que garantem sua autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos. Assim, as mesmas ferramentas dispostas como forma de proteção da atuação regulatória contra a ingerência de forças de influência desatreladas à sua finalidade técnica acabam por sustentar o argumento da existência de um déficit de legitimação democrática, relação sustentada por Binenbojm:

Se há uma dificuldade de legitimação decorrente da alocação de porção do poder do Estado em reguladores não eleitos e não sujeitos aos mecanismos tradicionais de aferição da responsividade social de sua atuação, o fomento à participação social no processos regulatórios seria uma possível maneira de reforçar a autoridade das decisões da agência.²⁶¹

Dessa forma, quando fornecidos mecanismos de atuação popular na formulação e fiscalização de políticas públicas derivadas das agências reguladoras, legitima-se sua atuação originando-a da própria sociedade, cuja participação passa pela obediência à garantia fundamental da democracia. Trata-se, assim, da consagração da consensualidade como incremento à transparência e moralidade das atividades administrativas de tal forma que, juntas, participação popular e consensualidade contribuem não só para assegurar a legitimidade, como também para aprimorar a governabilidade, frear o abuso, garantir a atenção a todos os interesses, desenvolver a responsabilidade e instaurar a ordem²⁶².

Além de servir de contraponto à reforçada independência das agências reguladoras, a participação social também contrasta com a crítica do tecnicismo, uma vez que a participação do cidadão comum, embora possa encontrar barreiras para opinar sobre políticas regulatórias, pode buscar a incorporação direta de demandas sociais bem como participar do processo decisório das agências, reforçando a democratização de suas medidas e a própria eficácia estatal na implementação de seus direito através da cidadania. Isso é possível porque, enquanto as decisões administrativas são revestidas de caráter técnico, as políticas públicas voltadas ao interesse da sociedade são perfeitamente compreensíveis ao cidadão comum, necessitando da construção de espaços públicos de discussão para a aproximação entre decisões administrativas e políticas públicas visando o interesse público.

²⁶¹ BINENBOJM, op. cit., p. 15.

²⁶² MASTRANGELO, op cit.

No Brasil, a participação popular na promoção, fiscalização e controle das atividades de regulação econômica encontra-se prevista em dispositivos legais aplicáveis a determinadas agências bem como nas próprias leis que formularam essas autarquias. Seus mecanismos mais comuns são as audiências públicas e as consultas públicas.

No caso da ANS, a Lei 9.961/2000 determinou apenas a criação de câmaras técnicas de caráter consultivo (art. 4º, VIII), enquanto seu regulamento, aprovado pelo Decreto 3.327, de 5 de janeiro de 2000, determinou a possibilidade de audiência pública prévia à edição de normas, atos decisórios e procedimentos de registros de operadoras e produtos, sendo obrigatória no caso de elaboração de anteprojeto de lei no âmbito da ANS (art. 32), bem como a submissão à consulta pública das minutas de atos normativos para críticas e sugestões, garantindo ainda sua disposição ao público (art. 35)²⁶³.

Além do disposto no regulamento da ANS, a Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Lei 9.784/1999), responsável por regular o processo administrativo, também prevê a possibilidade de abertura de consulta pública para manifestações de terceiro quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral (art. 31)²⁶⁴, dessa forma, fala-se que a consulta tem natureza de procedimento incidental em processo administrativo já instaurado²⁶⁵. Também consonante à relevância da questão, prevê a referida lei a realização facultativa de audiência pública para debates sobre a matéria do processo (art. 32). Dessa forma, é possível observar que, no caso da Agência Nacional de Saúde Suplementar, a consulta à sociedade é facultativa, exceto quando precede elaboração de anteprojeto de lei.

As audiências públicas consistem na realização de sessões abertas através da qual são debatidos temas relativos a processos administrativos e projetos de lei ou formulação de resoluções normativas, sua principal característica e diferença para a consulta pública, portanto, consiste na sua forma de sessão, com data e hora marcada, bem como a presença “física” de pessoas e grupos de interesse para debate e questionamento dos referidos atos administrativos²⁶⁶.

²⁶³ BRASIL. *Decreto n. 3.327, de 5 de janeiro de 2000*. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3327.htm>. Acesso em: 22 jun. 2017.

²⁶⁴ BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 16 jun. 2017.

²⁶⁵ MASTRANGELO, op. cit.

²⁶⁶ BINENBOJM, op. cit.

Já as consultas públicas consistem na possibilidade de ouvir opiniões e críticas dos cidadãos, durante determinado espaço de tempo em que a consulta permanece aberta, sendo comum atualmente o uso da internet como meio facilitador ao acesso da população.

Assim, enquanto ambos os instrumentos viabilizam – sem caráter vinculante do resultado do debate para a agência – a participação de indivíduos ou grupos de interesse na exposição de ideias e sugestões, suas formas de realização diferem esses mecanismos quando a audiência pública requer a presença individual ou coletiva em local e hora marcados, enquanto a consulta permite a participação individual, em espaço longo de tempo²⁶⁷ e muitas vezes via acesso virtual.

A ascensão dos eleitores à participação efetiva no processo decisório de políticas públicas revela a caracterização de uma democracia participativa, cujo pressuposto deixa de ser a lei, no caso da democracia representativa, para ser o corpo social e sua participação perene, como demonstra Asensi em sua diferenciação:

A democracia representativa é realizada através de uma ‘representação concentrada’, a qual se divide nos poderes Executivo e Legislativo. A democracia participativa é realizada através de uma ‘representação pulverizada’, na medida em que os espaços públicos de participação são inúmeros e heterogêneos e, por esse motivo, são mais capilares e sensíveis às peculiaridades locais.²⁶⁸

Essa aproximação entre sociedade e poder decisório permite que a composição diversificada da sociedade civil colabore justamente com a diversidade de visões sobre necessidades e problemas que assolam, no caso, a regulação de serviços públicos, sendo as audiências e consultas públicas as ferramentas de formação desse espaço público necessário para o diálogo multifacetado e heterogêneo que não aproxima apenas os cidadãos e a administração pública como permite a aproximação entre diferentes visões da sociedade ou “a descaracterização do abismo entre o ‘eu’ e o ‘outro’”²⁶⁹.

O modelo de democracia participativa, apesar de resguardado pela legislação criadora das agências reguladoras bem como pela lei que regula o processo administrativo, esbarra no baixo grau de organização e mobilização da sociedade brasileira²⁷⁰ maculando com déficit democrático a atuação das agências.

²⁶⁷ BINENBOJM, op. cit.

²⁶⁸ ASENSI, op. cit., p. 84.

²⁶⁹ Idem, p. 86.

²⁷⁰ BINENBOJM, op. cit.

Além disso, a deficiência de formação dos cidadãos caracteriza um problema de consolidação da participação social dos consumidores de planos de saúde quando presente uma assimetria da informação entre estes e a agência reguladora que afasta a participação popular quando em discussão a estrutura, funcionamento e financiamento da saúde suplementar, bem como o conhecimento técnico sobre a medicina como um todo²⁷¹. Dessa forma, observa-se que a assimetria de informação acaba maculando não só a relação de consumo como também o processo democrático da regulação.

Ademais, o papel legal atribuído aos cidadãos comuns, no caso da Agência Nacional de Saúde Suplementar, resume-se à atuação deliberativa, uma vez que a ausência de vínculo entre as opiniões e sugestões dadas nas consultas e audiências públicas afasta qualquer participação decisória da sociedade. Mesmo que a audiência pública seja requisito de validade do anteprojeto de lei elaborado, como preceitua o art. 32 do regulamento da ANS, está-se vinculando a decisão à realização da audiência e não àquilo discutido na sessão.

Assim, de nada adianta a ruptura com um padrão histórico de associativismo homogêneo e vinculado às demandas trabalhistas e o aumento de tipos de associações existentes²⁷² – a ponto de existir uma focada exclusivamente na autonomia reprodutiva da mulher – se suas contribuições não vinculam as edições de normativas das agências responsáveis pela regulação dos mercados mais importantes para sociedade.

Assim, Avritzer elucida:

[...] o problema com esses mecanismos é que sua legitimidade é gerada pela sua proximidade com crenças e valores da opinião pública mas não podem se tornar permanentes em virtude da falta de uma forma pública de institucionalização desse tipo de ação. A segunda dimensão desse impasse envolve um problema adicional, relacionado com o próprio equilíbrio societário: mesmo nos locais nos quais a participação das associações civis em políticas sociais é bem sucedida, tal como na área de políticas sociais, tampouco existe uma forma institucional legal de garantir a continuidade e a publicidade dessas formas de ação. A organização da participação das associações civis na política passa por um impasse que pode ser resumido pela inexistência no Direito de uma forma institucional-legal que garanta o *status* público a associações que efetivamente desempenham um papel público.²⁷³

É temerária a associação entre a assimetria da informação que acomete a população e a falta de vínculo entre suas opiniões e sugestões da população e as decisões das agências reguladoras uma vez que, se antes a participação popular funcionava como contraponto à

²⁷¹ ASENSI, op. cit., p. 84.

²⁷² Sobre as mudanças na forma de associação civil, AVRITZER, op. cit.

²⁷³ Idem, p. 169.

tecnificação das agências, uma participação insuficiente e despreparada salienta a separação entre Estado e sociedade baseado no controle decisório essencialmente técnico e conclui uma política regulatória pública debilitada do ponto de vista do interesse público e da legitimidade. Neste sentido, é válida a posição de Cohn que, embora reflita sobre essa associação no caso dos Conselhos de Saúde do SUS, é perfeitamente análogo ao processo decisório da ANS:

[...] retomando-se a dimensão da política dos cidadãos, e resgatando a tendência [...] de no geral se demandar em demasia dos movimentos e organizações sociais quanto a serem a principal escola da cidadania democrática, o fato de essas experiências de controle público através da participação da sociedade nos Conselhos de Saúde ocorrerem num contexto de destituição dos direitos sociais, associado ao altíssimo grau de desigualdade social da nossa realidade, faz com que se acentuem, de um lado, uma maior aproximação entre esse próprio controle e a gestão do Estado, e de outro a proeminência da política dos técnicos sobre a política dos cidadãos, agravando a tendência a uma progressiva tecnificação das políticas sociais [...].²⁷⁴

A crítica de Cohn é interessante não só por relacionar enfraquecimento da democracia participativa no contexto brasileiro com supremacia de uma política técnica e dissociada do público, como por lembrar que, embora espera-se dos movimentos e organizações sociais a “pedagogia da cidadania”, é na verdade do Estado essa obrigação através da divulgação do seu papel institucional como ente regulador e dos mecanismos de participação popular na formulação e fiscalização de suas políticas: apenas buscando efetivamente a incorporação da sociedade civil no seu processo decisório que alcançará o Estado um nível de cidadania democrática que alcance um processo deliberativo aberto, informado e transparente.

É certo que a democracia participativa é um processo em contínuo desenvolvimento, especialmente no caso das agências reguladoras e em específico no caso da ANS, cuja lei originária sequer previa a possibilidade de audiência ou consulta pública. Entretanto, essa participação popular só se mostrará efetiva quando caracterizada por uma instância decisória e não meramente deliberativa.

Uma vez tímida a participação popular durante o processo decisório das políticas de regulação é de se esperar do judiciário o controle *a posteriori*, especialmente no que toca à garantia das liberdades civis fundamentais, contudo, como será demonstrado, não se trata de um controle solitário quando provocado por atores sociais que encontram no judiciário a forma

²⁷⁴ COHN, Amélia. Estado e sociedade e as reconfigurações do direito à saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 9-18(17), 2003.

de vinculação e efetiva participação ausente nos instrumentos garantidores da democracia participativa das agências reguladoras.

4.3 Movimentos sociais, organizações sociais e controle judicial

O controle judicial das agências reguladoras assenta-se, naturalmente, no princípio da unidade de jurisdição (art. 5º, XXXV da CF/1988) e, como já relatado, circunscreve-se aos limites da legalidade em que atua. No caso da ANS, como observado, essa limitação se dá na sua lei geradora, na Lei de Planos de Saúde, no seu regulamento e, em se tratando de processo administrativo, na Lei 9.784/1999.

Importante neste íterim ressaltar a atuação do Ministério Público no controle dessa natureza, instituição que alcançou o *status* de essencial “à função jurisdicional, assegurando-se-lhe autonomia financeira, orçamentária e administrativa”²⁷⁵, e que protagoniza, na figura do Ministério Público Federal, cada vez mais inserção na qualidade de fiscalização dos atos administrativos públicos decorrentes das agências reguladoras.

A circunscrição da atuação judicial no controle das agências reguladoras aos limites da legalidade transforma o controle judicial na observação da obediência às normas editadas pelo Congresso, observando sempre o interesse público na interpretação da norma técnica editada pela agência reguladora.

Quando, porém, são omissos os partidos políticos no exercício da representatividade e na organização seletiva das demandas e, ainda, mostram-se infrutíferos os mecanismos administrativos de democracia participativa para formulação de decisões administrativas em prol do interesse público, é compreensível que se formem novos sujeitos sociais através de movimentos e organizações de caráter reivindicativo:

Os movimentos sociais se caracterizam por se constituírem em ‘novos’ sujeitos coletivos no cenário político em distintas e diferenciadas arenas e espaços que não aqueles tradicionalmente definidos pela concepção liberal clássica de democracia. Por outro lado, constituem igualmente sintomas de conflitos presentes na própria sociedade na medida em que se caracterizam por um forte traço reivindicativo na luta por conquistas na efetivação de demandas sociais, vale dizer, dos direitos sociais. A partir de sua especificidade e, nesse sentido, de sua particularidade, reivindicam direitos sociais que implicam a igualdade de direitos associada ao direito à diferença, e portanto à justiça social.²⁷⁶

²⁷⁵ MASTRANGELO, op. cit., p.136.

²⁷⁶ COHN, op. cit., p. 11.

Nestes casos, também concebível que estes sujeitos coletivos busquem a tutela do judiciário para satisfação de direitos sociais ignorados pelo Estado e seus mecanismo de representação, motivo pelo qual torna-se o poder judiciário também um espaço de democracia.

Esse emprego do judiciário explica-se em grande parte pela decorrência: (i) da falta de recursos e instrumentos de pressão que acomete essas organizações; (ii) da dificuldade na dissociação clara entre a esfera político-partidária e o próprio Estado; e (iii) da própria característica ofensiva conferida à sentença judicial e extremamente útil ao perfil deste sujeitos.

Offe aponta que movimentos sociais não conseguem negociar porque não tem nada a oferecer em troca da concessão de suas demandas – diferente de um partido político ou uma empresa, por exemplo – além disso, suas reivindicações estão constantemente relacionadas a um padrão considerados por eles de elevada prioridade e universalidade no qual qualquer sacrifício em prol de uma negociação não é cogitado²⁷⁷.

Uma vez que não contam com recursos organizacionais e instrumentos de pressão comuns a outros grupos de interesse que defendem interesses particulares, como *lobbies*, greves ou propinas, por exemplo²⁷⁸, o judiciário apresenta-se como instrumento forte e estável para sua representação.

Além disso, o argumento de ausência de representação política decorre da constatação de que os partidos políticos não exercem sua função de intermediários entre a sociedade civil e o Estado, transformando-se assim em instrumentos de realização de projetos pessoais de poder²⁷⁹.

O contrário também é válido: os novos movimentos sociais não depositam sua identidade em códigos políticos estabelecidos, como direita/esquerda, liberais/conservadores, nem socioeconômicos (classe trabalhadora/classe média, população rural/urbana), guardando sua relação com questões de gênero, envelhecimento, bairros, ou a própria raça humana em geral, como nas questões de proteção do meio ambiente ou da paz²⁸⁰. Essa falta de uma identificação partilhada colabora para afastar a relação entre partidos políticos e as mais recentes formas de associação coletiva.

²⁷⁷ OFFE, Claus. New social movements: challenging the boundaries of institutional politics. *Social Research*, v. 52, n. 4, p. 817-868(830-831), winter, 1985.

²⁷⁸ COSTA, Sérgio. Esfera pública, redescoberta da sociedade civil e movimentos sociais no Brasil: uma abordagem tentativa. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 38, p. 38-52, mar. 1994.

²⁷⁹ Idem.

²⁸⁰ OFFE, op. cit., p. 831.

Mesmo depois da disseminação de organizações na sociedade e amplificação de sua capacidade de organização, o enraizamento social dos partidos continuou incipiente, de forma que hoje as organizações de interesses continuam a funcionar com enorme independência frente ao sistema partidário²⁸¹.

A mobilização, por sua vez, de movimentos sociais em torno de carências que acabam por identificá-los entre diferentes movimentos e que, por sua vez, levarão à procura de maior autodeterminação dentro do próprio Estado – através da busca de fins materiais e não materiais não contemplados por este²⁸² –, transforma o poder judiciário, antes questionado pela morosidade, num campo atrativo para materialização de direitos não conquistados através da democracia representativa.

Todos esses obstáculos ao processo de articulação de interesses sociais com finalidade decisória nas políticas públicas e em especial nas políticas das agências reguladoras explicam porque vem ocorrendo essa sinalização para a atuação conjunta de movimentos sociais e poder judiciário com a finalidade de formular, fiscalizar e controlar essas políticas, aproximando, assim, controle judicial e participação popular.

A formulação de movimentos ou organizações sociais voltados à influência das agências reguladoras mediante relação com o poder judiciário guarda mais algumas características desses “novos sujeitos coletivos” e de sua relação com o Estado.

Na América Latina, os movimentos sociais dissociam-se da forma clássica dos movimentos de trabalhadores e aproximam-se das demandas em favor da supressão de carências decorrentes do “progressivo debilitamento da soberania do Estado para a definição de suas políticas nacionais”²⁸³ e da ascensão do mercado “no fator central de articulação e organização da sociedade”²⁸⁴, através do qual supera-se a concepção do direito de cidadania pela do direito do consumidor, uma vez que passam a prevalecer princípios e regras da esfera privada nestes casos.

Quando observa-se a relação entre ANS e movimentos e organizações sociais, essa constatação se torna latente, uma vez que a própria Lei de Planos de Saúde é fruto da união, em favor da regulamentação, de entidades sociais com finalidades e motivações diversas, como

²⁸¹ ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. *Direito sociais, organização de interesses e corporativismo no Brasil. Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 25, p. 50-60(56), 1989.

²⁸² COHN, op. cit.

²⁸³ Idem, p. 13

²⁸⁴ Idem, p. 13.

grupos de luta contra a AIDS, entidades sociais e públicas de defesa do consumidor e entidades médicas²⁸⁵.

No caso das resoluções normativas n. 368 e n. 398, da Agência Nacional de Saúde Suplementar, observa-se que, mesmo passados mais de vinte anos de vigência da Lei 9.656/1998 bem como da criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar e, portanto, da criação de mecanismos de participação popular e democracia participativa, o judiciário surge como importante instrumento – em associação às organizações sociais –, para edição de resoluções normativas a fim de corrigir assimetrias do mercado de planos de saúde, mostrando a importância também do judiciário para consolidação da democracia e fiscalização da sociedade de políticas públicas para proteção do interesse público.

4.4 Do associativismo às resoluções normativas da ANS

Em agosto de 2010 o Ministério Público Federal propôs uma Ação Civil Pública em face da Agência Nacional de Saúde Suplementar com o objetivo de obrigar, através da Justiça Federal, a expedição de regulamentação dos serviços obstétricos realizados por planos de saúde privados no país.

A ação originou-se numa representação instaurada pelo Ministério Público Federal, a qual, por sua vez, só foi possível graças à diligência da organização Parto do Princípio, rede de mulheres usuárias do sistema de saúde brasileiro organizada com a finalidade de promover a autonomia das mulheres focada principalmente nos direitos sexuais e reprodutivos destas.

Procedente a ação em 2015, restou determinada à ANS:

- a) determinar às operadoras de plano privado de assistência à saúde, *que forneçam a seus beneficiários, a pedido destes e em prazo fixado pela ANS, os percentuais de cesarianas e partos normais efetuados pelos obstetras e hospitais remunerados pela operadora no ano anterior ao questionamento;*
- b) definir, segundo critérios técnicos, um modelo de partograma estabelecendo-o como documento obrigatório a ser utilizado em todos os nascimentos, como condição para recebimento da remuneração da operadora ou de relatório médico nos casos excepcionais de impossibilidade;
- c) determinar a *utilização do Cartão da Gestante como documento obrigatório* a ser fornecido às gestantes;
- d) determinar às operadoras e hospitais que credenciem e possibilitem a atuação de enfermeiros obstétricos e obstetizes no acompanhamento de trabalho de parto e do próprio parto, mantendo atualizada a relação de profissionais credenciados para livre consulta das consumidoras;

²⁸⁵ TRETTEL, Daniele Batalha; LEÃO, Lidiane Nascimento. Teoria e prática da participação na agência nacional de saúde suplementar. *Revista de direito sanitário*, São Paulo, v. 15, n. 3, p. 91-121, nov. 2014/fev. 2015.

- e) criação de *indicadores e notas de qualificação para operadoras e hospitais específicos* para a questão da redução do número de cesarianas e adoção de práticas humanizadoras do nascimento; e
- f) estabelecer que a *remuneração dos honorários profissionais a serem pagos pelas operadoras ao parto normal de, no mínimo, o triplo do valor atribuído à cesariana*, cujo montante será definido pela ANS, segundo seus critérios técnicos.²⁸⁶

A determinação exarada pela sentença proferida em primeiro grau deu origem às resoluções normativas n. 368 e n. 398 da ANS. Antes de sua edição, passaram por processo de consulta pública com duração de um mês, recebendo contribuições via internet e correspondência..

Mais uma vez observa-se, a partir da Nota Técnica n. 703/2014, expedida pela agência acerca das consultas pública realizadas, a supremacia numérica de representantes de operadoras e prestadores de serviços hospitalares frente às entidades de defesa do consumidor ou das mulheres e gestantes, além da ausência de qualquer manifestação por parte de partidos políticos²⁸⁷.

Além disso, de todas as colaborações emitidas enquanto vigorava a consulta pública, apenas uma, que solicitava a não realização de *ranking* de médicos por número de cesáreas, somou-se às recomendações acima elencadas provenientes da sentença judicial, de forma que todas as outras apenas colaboraram para melhor redação da determinação, ou não contribuíram em nada para a edição da resolução normativa.

Essas constatações confirmam o já elucidado prejuízo causado pela falta de vinculação entre as decisões administrativas e as colaborações construídas nas consultas públicas, o que leva muitas ferramentas de participação popular e fortalecimento da democracia participativa a servirem apenas de vitrine da democracia administrativa e não necessariamente como medidas de construção e fiscalização de políticas públicas das agências reguladoras.

O que é interessante observar no estudo da promoção de autonomia da gestante é que trata-se de política pública de regulação econômica voltada à proteção dos direitos da personalidade de consumidores do mercado de planos de saúde (vida e integridade física), derivada de uma resolução normativa que, por sua vez, tem sua gênese na pressão de movimentos populares de proteção da saúde da mulher sobre o Poder Judiciário, exemplificando perfeitamente como o direito contemporâneo caracteriza-se pela ampla complexidade de relações entre diferentes atores sociais e administração pública, mesmo as

²⁸⁶ JUSTIÇA FEDERAL. op. cit., p. 36, grifos do autor.

²⁸⁷ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, 2014, op. cit.

agências reguladoras servindo de exemplo radical de independência administrativa vinculada à atenção para com a sociedade e à obediência aos preceitos legais em prol do interesse público.

Esse novo contexto exige legitimação social acima do próprio respeito legal, uma vez que a população é quem melhor pode diagnosticar as falhas e assimetrias dos mercados regulados, bem como sofre dessas mazelas. Nesse ínterim, a democracia participativa e suas ferramentas surgem como instrumento legitimador e remédio à excessiva independência e tecnificação das agências, enquanto esbarra na falta de cultura democrática da população e de informação que acomete a sociedade, usuária da regulação.

As agências reguladoras, instrumentos de autonomia administrativa vinculadas à regulação do mercado em prol de sua higidez e interesse público, observam no controle e participação popular não só um contraponto à sua excessiva independência como também um mecanismo que a legitima pela observação à democracia, à consensualidade e, principalmente, à própria sociedade.

Como forma de implementação desse mecanismo, o legislador atentou, na formulação do regulamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar, a possibilidade de realização de audiência e consulta pública, somando-se ao conselho consultivo já previsto na Lei 9.961/2000.

Tais ferramentas colaboram para a execução de uma democracia participativa, responsável por aproximar Estado e sociedade, bem como diferentes visões sociais na formulação, dentro de um consenso, de políticas públicas que não sejam só marcadas pelo seu tecnicismo, como também pela observação do interesse público.

Esse modelo de democracia participativa encontra barreiras para seu estabelecimento, como a assimetria de informação dos consumidores, baixo grau de organização da sociedade e falta de vinculação decisória.

Nesse contexto de participação popular ainda incipiente, o controle judiciário, em parceria com movimentos e organizações sociais, parece suprimir a falta de coesão entre a vontade social e as agências reguladoras, fazendo valer o interesse público na formulação de resoluções normativas da ANS através de sentenças judiciais.

A edição das resoluções normativas n. 368 e n. 398 demonstram como esse mecanismo e como uma organização social multifacetada vêm garantindo a democracia participativa não através dos instrumentos de participação popular garantidos por lei, mas sim mediante a organização de uma sociedade civil marcadamente variada e pulverizada e a provocação do sistema judiciário visando a consolidação de normativas da agência reguladora que defenda essa diversidade de carências sociais.

Ainda que se note, contudo, a emergência do assunto e suas consequências negativas, cujo alcance e gravidade superam a tutela do direito da personalidade para enunciá-lo como questão de saúde pública, é necessário observar como a epidemia de cesáreas é matéria complexa, que envolve diversos atores e exige tratamento científico rigoroso ante a possibilidade da adoção de medidas em prol das gestantes colaborarem para um acréscimo na sua confusão como consumidoras, cercearem sua autonomia como pacientes ou conduzi-las a opções que coloquem em risco sua integridade física e do bebê, como se estudará a seguir.

5 DIREITOS DA PERSONALIDADE DA GESTANTE CONSUMIDORA DE PLANOS DE SAÚDE NO CONTEXTO DA REDUÇÃO DOS ÍNDICES DE CESÁREAS

Apesar de se passarem quase trinta anos desde a promulgação da Constituição vigente, a variedade e inovação das relações entre o Estado e seus cidadãos, bem como entre os particulares, reforça a dificuldade que contextualiza a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana como fonte primária de interpretação, imperativo de justiça social e pilar de sustentação de todas as demais normas bem como da aplicação destas.

A partir dessa invariante axiológica que representa a pessoa humana, inúmero valores se fundamentaram como forma a caracterizar uma vida digna ou uma qualidade mínima de vida. Entre esses direitos encontra-se a proteção do consumidor, prevista na Constituição Federal de 1988 segundo a qual “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (art. 5º, XXXII), assim como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, V)²⁸⁸.

As relações de consumo configuram um desafio à aplicação do princípio da dignidade humana justamente porque, em constante mutação, reforçam a variedade de relações que podem se formar entre particulares a partir da dinâmica entre o ser humano e a sociedade em que se insere. Ao mesmo tempo, esses vínculos essencialmente patrimoniais, ao sofrerem o afluxo dos novos tempos, observam o surgimento de relações mercantis antes inimagináveis e com consequências diretamente relacionadas a direitos não patrimoniais, como os direitos da personalidade²⁸⁹.

O consumo de serviços de pré-natal e parto mediante pagamento ou plano de saúde são um exemplo de como a mutação das relações de consumo podem afetar direitos da personalidade de consumidores e requisitarem atenção ao apoio e legitimidade que o princípio da dignidade humana conduz à proteção das consumidoras desse tipo de serviço.

Como já estudado, a prática obstétrica no serviço particular de saúde assistiu a mudanças que não se resumem à incorporação de avanços científicos de manejo do parto e diagnóstico,

²⁸⁸ BRASIL, 1988, op. cit.

²⁸⁹ Neste sentido, Bolson provoca: “Quem poderia supor, há menos de meio século, que hoje estaríamos discutindo sobre o patrimônio genético e sua proteção? É aceitável moral e juridicamente o “descarte” de embriões humanos ou mesmo o congelamento dos mesmo *ad infinitum*? O direito terá condições de impedir que eventualmente um doador anônimo pratique incesto com a filha biológica? Como explicar a uma criança, fruto de uma reprodução *in vitro*, que seu pai estava morto antes mesmo de sua concepção? Em que medida o avanço da ciência, para o bem e para o mal, pode interferir em nossas vidas?” (BOLSON, Simone Hegele. Direitos da personalidade do consumidor e a cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista de direito do consumidor*. n. 52, p. 130-162 (143), out./dez. 2004).

como também observaram alterações na forma de consumo e pagamento destes serviços com repercussões negativas de ordem econômica e de saúde às consumidoras e seus bebês.

Uma vez ameaçada a saúde dos consumidores e, portanto, sua integridade física e psíquica, a tutela destes atores passa necessariamente pela salvaguarda do princípio da dignidade humana sobre a relação de consumo e a consideração dos direitos da personalidade daqueles. Em ambos os casos, como se demonstrará, a difusão da informação – já trabalhada no contexto da solução de conflitos de ética biomédica no caso concreto da escolha da via de parto – surge como mecanismo de garantia da dignidade da consumidora e de tutela da sua integridade física.

5.1 Direito do consumidor como direito humano fundamental e sua observação na escolha da via de parto

Considerando que o princípio da dignidade da pessoa humana sustenta todas as demais normas formuladas no sistema jurídico como ainda sua aplicação, inegável então que sua observação ressoará na regulação das relações privadas de consumo, a qual encontrará no Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, sua representação maior mas que também sofre influência do Código Civil de 2002 e outras leis esparsas como, a título de exemplo, a Lei de Planos de Saúde (LPS), Lei 9.656, de 3 de junho de 1998 e leis estaduais que dispõem sobre atendimento ao consumidor nos caixas das agências bancárias, ofertas e forma de fixação de preços de produtos, etc.

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se previsto no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988²⁹⁰, fundamentando, ao lado da soberania, da cidadania, do pluralismo político e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o Estado Democrático de Direito. Entende-se por sua vez o Estado Democrático de Direito aquele “subordinado à legalidade constitucional e baseado em fundamentos democráticos”²⁹¹.

Ao apresentar os princípios que assinalam os objetivos e fundamentos do Estado, a Constituição expõe a fonte primária de toda tarefa interpretativa a partir dessa fundação

²⁹⁰ BRASIL, 1988, op. cit.

²⁹¹ GREGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011, p. 22.

normativa²⁹², adequando a norma escrita aos critérios de justiça escolhidos a partir da política com a autoridade conferida àqueles legitimamente escolhidos ideologicamente²⁹³.

Dessa forma, segue a CF/1988 os passos da Declaração Universal dos Direitos Humanos ao institucionalizar a democracia e os direitos humanos no país, assegurando a dignidade da pessoa humana como imperativo de justiça social, fato necessário às garantias e direitos fundamentais e à proteção de vetores vulneráveis da sociedade²⁹⁴.

Uma vez identificada entre os princípios fundamentais, ou seja, respaldada por um patamar constitucional que faz dela fundamento do sistema jurídico²⁹⁵, a dignidade da pessoa humana passa, portanto, a amparar todas as demais normas ou a aplicação destas.

Neste sentido, Reale escreve:

A partir da invariante axiológica primordial representada pela pessoa humana configura-se todo um sistema de valores fundantes, como o ecológico e o de uma forma de vida compatível com a dignidade humana em termos de habitação, alimentação, educação e segurança etc., em função dos quais se impõe imperativamente deveres ao Estado, com a correspondente constelação de direitos subjetivos públicos. Somente assim se realiza o Estado Democrático de Direito proclamado logo no artigo primeiro da Constituição Federal.²⁹⁶

Moraes justifica de duas formas o respaldo desse princípio à formulação e aplicação das leis. Na primeira delas, o autor aborda o princípio da derivação, segundo o qual todas as normas necessariamente derivam da CF/1988 e, portanto, de seus princípios fundamentais²⁹⁷. Num segundo momento, Moraes observa que a substância valorativa e cultural englobada pelo conceito dignidade obriga a sua efetivação em todos os casos concretos²⁹⁸.

²⁹² Assim: BARONGENO, Maria Cristina de Luca. *Direitos Humanos Sociais: necessidade de positivação das regras de interpretação?* 2009. 154 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 46; BOLSON, op. cit., p. 150-151.

²⁹³ Neste sentido, importante a contribuição de Falavigna: “Os princípios gerais serão utilizados como importante instrumento de adequar a norma escrita aos critérios de justiça, razão pela qual se é contrária a um conteúdo justo poderá e deverá ser revista pelos meios adequados, sob a égide da confiança nas relações jurídicas criadas por leis emanadas de um poder soberano, com a autoridade conferida pela escolha ideológica de determinado agrupamento humano. Nesse sentido há de se dizer que os princípios gerais no mesmo modo são escolhas políticas, visto como um conjunto de ações que estruturam o Estado”. FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. *Os princípios gerais do Direito e os standards jurídicos no Código Civil*. 2007. 317 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 136.

²⁹⁴ GREGORI. op cit. p. 22.

²⁹⁵ BARONGENO. op. cit. p. 46.

²⁹⁶ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 276.

²⁹⁷ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Compatibilidade entre os princípios do código de defesa do consumidor e os do novo código civil. *Revista de direito do consumidor*, 57, p. 77-128 (100).

²⁹⁸ Idem, p. 100.

A observação à dignidade da pessoa humana afeta a formulação e aplicação das leis não apenas pelo princípio da derivação, como ainda observa-se sua utilização como princípio de compatibilização quando diante da existência de duas leis regulando relações privadas, caso do Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, e do Código Civil de 2002 (CC/2002)²⁹⁹.

Nesse caso, é inegável que, tanto CDC como CC/2002 mantêm constante comunicação sendo a boa-fé manifestação de concretização do princípio da dignidade humana no campo das relações de consumo, controle de cláusulas abusivas e obrigações³⁰⁰. Neste sentido, Fachin ressalta que

A Constituição Federal impôs ao direito civil o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX, em especial, do Código Napoleônico, migrando para uma concepção em que se privilegia o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa concretamente considerada, em suas relações interpessoais.³⁰¹

Essa difusão do princípio da dignidade e demais princípios fundamentais através da formulação e aplicação de leis corrobora posição de “normas jurídicas de impositividade e abstração”³⁰² que alcançam estes princípios na teoria jurídica contemporânea. Assim, Barongeno distingue norma como “gênero do qual a regra e o princípio são espécies, que se distinguem entre si pelo grau de densidade normativa”³⁰³.

Porém, distingue-se o princípio da dignidade da pessoa humana dos demais princípios fundamentais não só pela substância valorativa e cultural englobada por ele e já mencionada, como ainda pelo reforço histórico e social que esse instituto vem recebendo desde os direitos inatos revelados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, até a revitalização da dignidade da pessoa humana na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948³⁰⁴.

²⁹⁹ MORAES, op. cit., p. 101.

³⁰⁰ Neste sentido, ver PEDRO, Fábio Anderson de Freitas. As diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro de 2002 e o neoconstitucionalismo. *Revista dos Tribunais*, n. 925, nov. 2012, p. 75-101 (91).

³⁰¹ FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 58-59.

³⁰² BARONGENO. 2009, p. 46.

³⁰³ Idem, p. 46.

³⁰⁴ Sobre a revitalização dos direitos da personalidade, a expressão de Bolson: “É a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, junto com a Lei Fundamental de Bonn (1949), que fez emergir os esquecidos direitos da personalidade, tendo sido revitalizado o conceito de dignidade da pessoa humana” BOLSON, op. cit., p. 136.

Uma vez colocada no núcleo básico do sistema político da democracia constitucional³⁰⁵, a dignidade da pessoa humana acaba por apoiar e legitimar os direitos fundamentais, além de conferir unidade de sentido e legitimidade à ordem constitucional³⁰⁶.

A unidade de sentido conferida à ordem constitucional é característica necessária para observar o ordenamento como sistema³⁰⁷, reconhecendo sua complexidade porém, considerando uma harmonização axiológica e hierárquica no âmbito interpretativo³⁰⁸. Assim menciona Fachin acerca da hierarquia que mantém unido o sistema legal:

A Lei Fundamental alemã, assim como a Constituição Federal da República brasileira, sobrepõem-se às normas de direito privado, partindo da ideia de estrutura do ordenamento jurídico, restringindo a percepção da autonomia do direito privado. A Lei Fundamental alemã reconhece competência aos sujeitos para celebrar contratos ou contrair matrimônio, por exemplo. Mas também reconhece como princípios fundamentais do Estado a soberania popular e a liberdade do indivíduo. Assim, a autonomia privada mantém relação com a soberania popular, e simultaneamente, significa uma relação de complementação recíproca, pois o direito à autodeterminação também constitui um direito humano. A eficácia externa imediata da lei fundamental significa que a dignidade humana deve ser respeitada não somente por medidas do estado, mas também por ações dos sujeitos privados, com relação à integridade física e ao núcleo absoluto da personalidade. Tanto no plano cível quanto no constitucional há direitos prestacionais originários diante de terceiros e que são merecedores de tutela. Por essa mirada, a ideia de constituição desenvolve uma eficácia *erga omnes* na condição de fundamento do ordenamento jurídico, incluindo-se nesse contexto os sujeitos e os direitos fundamentais que objetivam assegurar ao indivíduo uma margem de liberdade de ação em regime de autodeterminação, responsabilidade perante si mesmo e os demais.³⁰⁹

³⁰⁵ BORBA, Marina de Neiva; HOSSNE, Willian Saad. A natureza jurídica da saúde na américa latina e caribe: um estudo constitucional comparado. *Revista de direito sanitário*, v. 11, n. 1, p.26-46(28), mar./jun. 2010. Neste sentido, também, Gregori salienta que “(...) a dignidade da pessoa humana, individual ou coletivamente considerada, é o fundamento norteador de todo o sistema constitucional, é um valor espiritual e moral inerente a todo ser humano, homem ou mulher” (GREGORI, op. cit., p. 23).

³⁰⁶ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 51-52.

³⁰⁷ Assim ensina Canaris: “As características do conceito geral do sistema são a ordem e a unidade. Eles encontram a sua correspondência jurídica nas ideias da adequação valorativa e da unidade interior do Direito; estas não são apenas pressuposições de uma jurisprudência que se entenda a si própria como Ciência e premissas evidentes dos métodos tradicionais de interpretação, mas também, e sobretudo, consequências do princípio da igualdade e da *tendência generalizadora* da justiça, portanto, mediatamente, da própria *ideia de Direito*”. CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro, 2. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 279, grifos do autor.

³⁰⁸ Sobre a complexidade do ordenamento e necessária harmonização axiológica, Tepedino: “[...] sublinhe-se o reconhecimento da complexidade do ordenamento, já que este não se reduz a um conjunto de normas homogeneamente promulgadas, abrangendo, ao revés, princípios e regras oriundos de fontes historicamente dispares e hierarquicamente diferenciadas. (...) o reconhecimento de que o ordenamento, para ser como tal considerado, em perspectiva sistemática, deva ser necessariamente unitário, e que esta unidade imprescindível e inexorável do sistema, em face da complexidade que lhe é inerente, depende de harmonização axiológica e hierárquica no âmbito interpretativo”. TEPEDINO, Gustavo. Dez anos de Código Civil e a abertura do olhar do civilista. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 49, p. 101-105(102), jan./mar. 2012.

³⁰⁹ FACHIN, op. cit., p. 64.

A legitimação da ordem constitucional pelo princípio da dignidade da pessoa humana, por sua vez, encontra-se no reconhecimento da pessoa humana como valor-fonte do direito³¹⁰ e “seu posicionamento a partir de uma dimensão histórica de pessoa, do sentido e da consciência que tenha de si e da necessidade do alargamento em todos os domínios da vida”³¹¹. Centrando a pessoa humana, portanto, sua dignidade legitima de direitos sociais a econômicos, de direitos políticos a culturais.

A conjugação de um conceito de conteúdo aberto mas repleto de densidade normativa que o permita legitimar de direitos sociais a econômicos, alçado ainda à posição de norma maior de orientação interpretativa, exige que o estudo da dignidade humana supere a fronteira da reflexão filosófica. Apenas quando produz efeitos sobre a realidade é que se pode observar a delimitação da essência deste conceito jurídico indeterminado tomado como princípio da norma constitucional³¹², por mais que não se possa alcançar um único sentido.

Esta é a direção apontada por Barongeno:

No caso dos direitos humanos sociais, podemos dizer que as normas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não possuem um sentido único e objetivo. O relato dessa norma demarca uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas, cujo sentido será determinado à vista dos elementos do caso concreto e dos princípios a serem preservados, bem como dos fins a serem realizados.³¹³

A aferição da legitimidade da ordem econômica – dentro do qual insere-se o conteúdo próprio do direito fundamental de defesa do consumidor insculpido entre seus princípios gerais no art. 170, V da CF/1988³¹⁴ –, por exemplo, passa pelo princípio da dignidade da pessoa humana³¹⁵. O reconhecimento de maior relevância a um princípio em comparação a outra passará pela observação do caso concreto e dos princípios que se deseja preservar.

Isso ocorre porque em torno da dignidade da pessoa humana orbitam variados direitos assegurados pela Constituição Federal de 1988, como a proteção à vida, (art. 5º, *caput*), o direito à integridade física, psíquica e moral (art. 5º, III) ou a vedação às penas de morte, de caráter

³¹⁰ MIRAGEM, op. cit., p. 52.

³¹¹ Idem, p. 52.

³¹² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 9, p. 3-24(3), jan./mar. 2002.

³¹³ BARONGENO, op. cit., p. 47.

³¹⁴ BRASIL, 1988, op. cit.

³¹⁵ MIRAGEM, op. cit., p. 56.

perpétuo ou cruel (art. 5º, XLVII)³¹⁶, exemplos que demonstram a vontade do legislador constituinte em vedar a extinção da vida ou sua submissão a padrões inadmissíveis dentro do que considera uma vida digna³¹⁷.

Nesse sentido, importante ressaltar o ensinamento de Azevedo:

[...] o princípio jurídico da dignidade fundamenta-se na pessoa humana e a pessoa humana pressupõe, antes de mais nada, uma condição objetiva. A dignidade impõe, portanto, um primeiro dever, um dever básico, o de reconhecer a intangibilidade da vida humana. Esse pressuposto, conforme veremos adiante, é um preceito jurídico absoluto, é um *imperativo jurídico categórico*. Em seguida, numa ordem lógica, e como consequência do respeito à vida, a dignidade dá base jurídica à exigência do respeito à integridade física e psíquica (condições naturais) e aos meios mínimos para o exercício da vida (condições materiais). Finalmente, a mesma dignidade prescreve, agora como consequência da especificidade do homem, isto é, de ser apto ao diálogo com o próximo e aberto ao amor, o respeito aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária (condições culturais). Os três últimos preceitos (respeito à integridade física e psíquica, às condições mínimas de vida e aos pressupostos mínimos de liberdade e igualdade), como é próprio dos preceitos deduzidos dos princípios jurídicos, não são imperativos categóricos; embora fundamentais, na sua qualidade de requisitos mínimos para o desenvolvimento da personalidade e procura da felicidade, não são imperativos radicais, são *imperativos jurídicos relativos*. Apesar disso, em princípio, devem ser obedecidos segundo sua hierarquia.³¹⁸

Azevedo busca, assim, abarcar três consequências a partir da dignidade da pessoa humana, todas sustentadas pelo pressuposto da intangibilidade da vida humana e preconizadas no *caput* do art. 5º da CF/1988: a segurança, a propriedade e, juntas, a liberdade e a igualdade³¹⁹.

O direito fundamental da defesa do consumidor, consagrado no art. 5º, XXXII da Constituição Federal de 1988³²⁰, insere-se entre esses princípios asseguradores de uma vida digna ou “uma forma qualificada de sobrevivência, que entre nós, em linguagem comum, temos denominado de qualidade de vida”³²¹. Essa constatação resta evidente quando lembramos que,

³¹⁶ BRASIL, 1988, op. cit.

³¹⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 68.

³¹⁸ AZEVEDO, op. cit., p. 13. Grifos do autor.

³¹⁹ Idem, p. 20.

³²⁰ BRASIL, 1988, op. cit.

³²¹ MIRAGEM, op. cit., p. 56.

na sociedade de consumo³²², consumir caracteriza uma necessidade humana básica³²³, ou seja, um consumo mínimo surge como necessidade básica para assegurar certos valores que integram a dignidade do homem contemporâneo³²⁴ e seu reconhecimento como necessidade humana essencial justifica a caracterização do direito fundamental do consumidor entre os direitos humanos³²⁵.

Neste sentido, Miragem observa que

[...]o exame *in concreto* da proteção do consumidor pode indicar que este poderá ter preferência em relação a outros princípios como a livre iniciativa – sob o critério do amplo espaço de autonomia negocial – ou liberdade de expressão – quando esta for exercida de modo a atingir o discernimento, ou mesmo a integridade do consumidor. Não pode, entretanto, preferir o próprio direito à vida, à saúde ou à segurança, que são a razão de ser da satisfação da necessidade humana de consumo e conteúdo de direito básico da pessoa enquanto consumidor (art., 6º, I, do CDC). Isto embora se deva registrar que qualquer conflito que eventualmente ocorra nesta segunda hipótese constituirá conflito aparente, uma vez que não se pode conceber a necessidade humana de consumo, em uma sociedade de consumo, senão vinculada e não contradição aos direitos fundamentais à vida, saúde e segurança.³²⁶

É importante notar que os princípios fundamentais não guardam potencialidade para realização de efeitos futuros, por mais que constituam a base axiológica e lógica que sustenta o ordenamento jurídico³²⁷. Nesse caso, reconhecer a dignidade humana do consumidor perpassa a necessidade de vinculá-lo à norma constitucional e seu princípio da dignidade da pessoa humana para a produção dos efeitos almejados, papel exercido pela boa-fé objetiva.

Porém, as regras reunidas no Código de Defesa do Consumidor e leis esparsas como a Lei de Planos de Saúde é que produzirão os efeitos almejados ao se consagrar o consumidor de

³²² Sobre a atividade de consumir e sua permanente importância para os humanos, Bauman: “Se reduzido à forma arquetípica do ciclo metabólico de ingestão, digestão e excreção, o consumo é uma condição, e um aspecto, permanente e irremovível, sem limites temporais ou históricos; um elemento inseparável da sobrevivência biológica que nós humanos compartilhamos com todos os outros organismos vivos. Visto dessa maneira, o fenômeno do consumo tem raízes tão antigas quanto os seres vivos – e com toda certeza é parte permanente e integral de todas as formas de vida conhecidas a partir de narrativas históricas e relatos etnográficos. (...) Qualquer modalidade de consumo considerada típica de um período específico da história humana pode ser apresentada sem muito esforço como uma versão ligeiramente modificada de modalidades anteriores. (...) E ainda assim, se a atividade de consumir, encarada dessa maneira, deixa pouco espaço para a inventividade e a manipulação, isso não se aplica ao papel que foi e continua sendo desempenhado pelo consumismo nas transformações do passado e na atual dinâmica do modo humano de ser e estar no mundo”. BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 37-38.

³²³ MIRAGEM, op. cit., p. 52.

³²⁴ RODRIGUES, Geisa de Assis. A proteção do consumidor como um direito fundamental. *Revista de direito do consumidor*. n. 58, p. 75-97(94), abr./jun. 2006.

³²⁵ MIRAGEM, op. cit., p. 52.

³²⁶ Idem, p. 56.

³²⁷ Idem, p.49.

planos privados de assistências à saúde como sujeito protegido por um princípio fundamental e reforçado pelo princípio da ordem econômica que limita a iniciativa privada e a autonomia da vontade.

Uma vez insculpido, como foi observado, entre os princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988, pode-se dizer então que o direito do consumidor consiste num direito humano fundamental³²⁸ e, justificado pela desigualdade fática que existe nas relações de consumo, o direito do consumidor busca restabelecer a igualdade através da norma de proteção³²⁹.

Em suma, a proteção do consumidor (art. 5º, XXXII, da CF/1988) é corolária do princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CF/1988) e necessária diante da flagrante desigualdade que acomete a relação de consumo que, por sua vez, é imprescindível à vida humana³³⁰. Dessa forma, enquanto traduz um direito humano, é, também, fundamental, uma vez inserta entre os princípios de direito constitucional, configurando assim um direito humano fundamental.

Para promover essa igualdade nas relações de consumo, Marques e Miragem sinalizam que “(...) o direito privado necessitava de um pouco de *imperium* ou da intervenção do Estado, típica do direito público, da hierarquia de suas normas (ordem pública) e da força igualizadora dos direitos humanos”³³¹.

³²⁸ Neste sentido, importante a lição de Martins: “A expressão direitos humanos fundamentais é diferente da idéia de direitos humanos. Cumpre lembrar, neste sentido, que com o findar das guerras mundiais os países beligerantes fundaram novas categorias de direitos humanos além da liberdade e igualdade, os quais, posteriormente passaram a ser positivados nas Constituições dos Estados participantes formando, internamente, os chamados direitos fundamentais do cidadão. Decorre daí uma diferença interessante entre direitos humanos e direitos fundamentais, já que os primeiros guardam relação com os documentos de Direito Internacional, referindo-se às proposições jurídicas que se atribuem ao ser humano, independente da vinculação com a ordem constitucional, ao tempo que os segundos são aqueles direitos da pessoa reconhecidos na esfera de Direito Constitucional de determinado Estado”. MARTINS, Fernando Rodrigues. Direitos humanos fundamentais e relações jurídicas contratuais. *Revista de direito do consumidor*, n. 58, p. 55-74(65), abr./jun. 2006.

³²⁹ MIRAGEM, 2013, p.53-54. Neste caso, Miragem faz referência à distinção proposta por Robert Alexy, segundo a qual “o direito do consumidor (...) insere-se entre os direitos fundamentais da categoria (...) direitos de proteção”.

³³⁰ Sobre a importância traduzida pelas disposições de defesa do consumidor na Constituição Federal de 1988, dispõem Marques e Miragem: “Os princípios constitucionais orientam a atuação do estado e da sociedade, são valores fundantes e dirigentes. No caso da proteção do consumidor, o Constituinte de 1988, não satisfeito de estabelecer esta proteção como princípio, direito e garantia individual (fundamental) e como princípio da ordem econômica e social, ordenou ao legislador ordinário organizar um Código de Defesa do Consumidor, em 120 dias, no art. 48 das Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1988. A constituição elevou esta, que poderia ser uma política ou uma regra, à princípio e não satisfeita, assegurou a concretização destes direitos, exigindo sua regulamentação em corpo sistemático de leis diferentes dos Códigos entre iguais já existentes, como o Código Comercial de 1850 ou o Código Civil, o revogado Código de 1916 e o atual de 2002.” MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 151.

³³¹ MARQUES; MIRAGEM, op. cit., p. 129.

Assim, a dignidade da pessoa humana atua como vetor da promoção da igualdade no ideal de justiça representado pelos direitos humanos ou fundamentais³³². Neste sentido, cumpre novamente trazer Marques e Miragem, segundo os quais

[...] se a base de todo o ordenamento é a dignidade da pessoa humana, e o ponto central do sistema de valores deve ser a pessoa, quanto mais no direito privado, no qual a pessoa digna deve ser não só pessoa livre, mas acima de tudo, pessoa igual, formal e materialmente.³³³

Essa centralização da dignidade da pessoa humana, dominando o sistema de valores constitucional e disseminando-se a orientar as relações privadas é que caracteriza, para os autores, o novo direito privado³³⁴, através do qual, justamente em decorrência desse princípio, a igualdade vêm a preceder a liberdade típica deste ramo do direito.

5.1.1 Direito à informação em prol da proteção da dignidade humana da consumidora

Seja como decorrência do princípio da derivação, seja em virtude da sua substância valorativa e cultural, ao princípio da dignidade da pessoa humana, atribuiu-se o status de fonte primária de toda a tarefa interpretativa a partir de seus pilares. Esta fonte primária que caracteriza esse princípio é de suma importância enquanto cresce a complexidade do ordenamento jurídico, servindo como uma liga que harmoniza axiologicamente o sistema formado pelas normas de direito.

Na relação de consumo, manifestamente desigual onde o consumidor cumpre um papel de vulnerável em comparação ao fornecedor, a primeira relação observada entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a proteção do consumidor se deu pela atuação como princípio de compatibilização atribuído àquele na regulação entre Código Civil de 2002 e Código de Defesa do Consumidor.

Além disso, quando confere apoio e legitimação aos direitos fundamentais em geral, está o princípio da dignidade da pessoa humana sustentando a presença da proteção do consumidor dentro da ordem constitucional.

³³² MARQUES; MIRAGEM, op. cit., p. 130.

³³³ Idem, p. 130.

³³⁴ Idem, p. 131.

Uma vez presente a defesa do consumidor tanto entre os princípios fundamentais (art. 5º, XXXII da CF/1988) como entre os princípios de ordem econômica (art. 170, V da CF/1988), preocupou-se o legislador em reconhecer a relevância da defesa do consumidor também como instrumento de promoção da igualdade dentro das relações privadas, igualdade formal e material que contrapõe a liberdade contratual.

Essa importância adquirida pela defesa do consumidor corrobora a própria importância do consumo na sociedade como meio de manutenção de uma vida digna e de padrões de qualidade de vida. Por essa razão, como se demonstrou, atribui-se à proteção do consumidor o status de direito humano fundamental, uma vez não só presente na Constituição Federal de 1988 como ainda imprescindível à vida humana e corolária da própria dignidade da pessoa humana.

A centralização da dignidade humana entre os princípios fundantes do Estado Democrático de Direito despertou a necessidade de melhor delimitar seu conceito, desafio ainda inerente diante do progresso científico do qual as relações de consumo não escapam, especialmente na área da medicina.

Enquanto a teoria jurídica justifica e realça as alterações nas relações intersubjetivas e estatais, a tecnologia dissecou possibilidades inimagináveis sequer no pós-guerra, permitindo a clonagem, a redesignação sexual, a desintegração de direitos autorais em segundos; todos estes, temas relacionados ao direito da personalidade, direito natural de teoria recente justamente porque envolve conflitos morais recentes.

Recorrer à dignidade humana como bússola de um ordenamento jurídico que encara tantas e tão velozes transformações indica recorrer ao império do direito e à coação estatal não para minar interesses individuais, mas para garantir que estes se desenvolvam de acordo com uma ordem vigente e uma coletividade a fim de manter sua igualdade substancial.

Nessa busca pela igualdade substancial em obediência ao princípio da dignidade humana, o fornecimento de informação se torna prioridade nas relações de consumo como ferramenta que previne sua exposição a malefícios desnecessários e diminui o abismo técnico entre fornecedor e consumidor que o coloca em posição de vulnerabilidade, reforçando o bem-estar individual e coletivo.

Com o objetivo de definir genericamente as diferentes modalidades de planos de saúde, o legislador definiu assim plano privado de assistência à saúde, no inciso I do art. 1º da Lei 9.656/1998:

prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de

garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.³³⁵

Sendo assim, estabelece-se uma relação contratual entre consumidor e operadora de obrigação de resultado, qual seja a prestação de serviços médicos e ambulatoriais ou o reembolso das quantias gastas pelo usuário sempre que acometido por enfermidade coberta pelo plano, cobrindo assim um risco futuro e incerto.

Ao mesmo tempo, o Código de Defesa do Consumidor definiu consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (art. 2º)³³⁶ e fornecedor, em seu artigo 3º, como

toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.³³⁷

Assim, a prestação de serviços médicos caracterizados não na forma de plano privado de assistência à saúde, mas no atendimento individualizado mediante pagamento (consultas, exames, cirurgias, etc.), configura também uma relação de consumo através do vínculo contratual entre consumidor e médico, relação desta vez de obrigação de meio, salvo exceções como o procedimento estético, amplamente reconhecido como de obrigação de resultado³³⁸. A

³³⁵ BRASIL, 1998, op. cit.

³³⁶ BRASIL. *Lei n. 9.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 8 ago. 2018.

³³⁷ BRASIL, 1990, op. cit.

³³⁸ Neste sentido, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial n. 1.395.254/SC*, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15 out. 2018, Dje. 29 nov. 2013; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial n. 236.708/MG*, 4ª Turma, rel. Min. Carlos Fernando Mathias (juiz federal convocado da 1ª região), j. 10 fev. 2009, Dje. 18 mai. 2009; Cavalieri Filho, por sua vez, busca distinguir a cirurgia estética da cirurgia corretiva: “Importa, nessa especialidade, distinguir a *cirurgia corretiva* da *estética*. A primeira tem por finalidade corrigir deformidade física congênita ou traumática. O paciente, como sói acontecer, tem o rosto cortado, às vezes deformado, em acidente automobilístico; casos existem de pessoas que nascem com deformidade da face e outras com defeitos físicos, sendo, então, recomendável a cirurgia plástica corretiva. O médico, nesses casos, por mais competente que seja, nem sempre pode garantir, nem pretender, eliminar completamente o defeito. Sua obrigação, por conseguinte, continua sendo de meio. Tudo fará para melhorar a aparência física do paciente, minorar-lhe o defeito, sendo, às vezes, necessárias várias cirurgias sucessivas. O mesmo já não ocorre com a cirurgia estética. O objetivo do paciente é melhorar a aparência, corrigir alguma imperfeição física – afinar o nariz, eliminar as rugas do rosto etc. nesses casos, não há dúvida, o médico assume obrigação de resultado, pois se compromete a proporcionar ao paciente o resultado pretendido. Se esse resultado não é possível, deve desde logo alertá-lo e se negar a realizar a cirurgia. O ponto nodal [...] será o que foi informado ao paciente quanto ao resultado esperável. Se o paciente só foi informado dos resultados positivos que poderiam ser obtidos, sem ser advertido dos possíveis efeitos negativos (riscos inerentes), eis aí a violação do dever de informar, suficiente para respaldar a responsabilidade médica.”

responsabilidade pessoal do médico nesta relação, independente da característica da obrigação, é apurada mediante verificação de culpa, conforme preconiza o art. 4º, § 4º do CDC, e afastada em caso de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 4º, § 1º, III) ³³⁹.

Um conjunto de fatores contribui para que os contratos de assistência privada à saúde tenham natureza complexa. Alguns desses fatores são a indefinição do *lapsus temporis* da relação, a qual normalmente perpetua-se pela vida do usuário, a indefinição de seu risco, uma vez que o consumidor não procura a operadora com objetivo de tratar doença já existente, mas sim precaver-se contra enfermidade que possa surgir com o desabrochar da idade e a indefinição do seu conteúdo, visto que a evolução da ciência médica impede que as espécies de tratamentos e exames médicos sejam petrificadas por cláusulas e exigem, assim, que a natureza e características desse contrato sejam estudadas com afinco, como pretende-se exercitar a seguir.

Poucas modalidades de consumo podem apresentar tamanha inequidade informacional entre as partes como o consumo de serviços médicos. Outra característica dessa modalidade de contrato é a presença constante de um risco que não deriva de falhas na prestação do serviço, mas da imprevisibilidade cotidianamente resguardada pelo corpo humano ³⁴⁰, mesmo depois do avanço incontestável da medicina. Esse cenário de “risco inerente” da profissão apenas reforça a relevância do dever de informar diante da reponsabilidade médica ³⁴¹.

A educação e informação de fornecedores e consumidores de seus direitos visando a melhoria do mercado de consumo está colocada no Código de Defesa do Consumidor como um dos princípios a serem observados pela Política Nacional das Relações de Consumo a fim de atender as necessidades dos consumidores e o respeito à dignidade e saúde destes ³⁴² e demanda do Estado não só a coação de fornecedores como também a promoção direta destes valores.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. Ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 445.

³³⁹ “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

[...]

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.” BRASIL, 1990, op. cit.

³⁴⁰ FACCHINI NETO, Eugênio; EICK, Luciana Gemelli. Responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informação, à luz do princípio da boa-fé objetiva. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 42, n. 138, p. 51-86(52), jun. 2015.

³⁴¹ CAVALIERI FILHO, 2014, op. cit., p. 441; CAVALIERI FILHO, Sergio. A responsabilidade médica e o dever de informar. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 28, p. 81-87(84), 2004.

³⁴² “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria

Ao mesmo tempo, vigora como direito básico do consumidor “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (art. 6º, III)³⁴³.

Assim, o que se observa é que há um dever do Estado de informar os direitos dos consumidores e fornecedores em favor da dignidade do consumidor, o qual se encontra vulnerável em grande parte por conta da desigualdade imposta pela informação às relações de consumo como um todo, amplificada, por sua vez, nas modalidades de contrato dos planos privados de assistência à saúde.

Simultaneamente, há um dever do fornecedor (no caso, o plano de saúde) em informar o consumidor acerca da qualidade e riscos do seu produto (prestação de serviços médicos e ambulatoriais ou o reembolso das quantias gastas pelo usuário) também visando a redução da desigualdade informacional técnica entre consumidor e fornecedor.

A técnica médica, por sinal, traz duas particularidades à relação de consumo: de um lado, exige um *standard* de perícia elevada por parte do profissional³⁴⁴ ao mesmo tempo que demanda uma atuação em prol do consentimento diretamente proporcional à gravidade da intervenção³⁴⁵.

Ao mesmo tempo, embora este “*standard* de perícia” exija a completa precaução e preparo do médico para os casos e riscos excepcionais da profissão, não obriga o médico a

da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

[...]

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

[...]

[...]

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;[...]" BRASIL, 1990, op. cit.

³⁴³ BRASIL, 1990, op. cit.; outros artigos do CDC compõem o direito básico à informação do consumidor: art. 8º e 10 (informação sobre riscos à saúde e periculosidade dos produtos e serviços), 12 e 14 (reparação de danos causados por defeitos de fabricação ou de serviços), 18 e 20 (vícios de qualidade e quantidade de produtos e serviços), 30, 31, 33, 34, 35 (papel da informação na vinculação da oferta e sanções da violação do dever de informar), 36 (publicidade deve ser de fácil compreensão pelo consumidor), 46 (ineficácia das obrigações impostas em contrato de forma omissão ou incompreensiva), 52 e 54 (obrigações específicas referentes aos contratos que envolvam outorga de crédito ou concessão de financiamento).

³⁴⁴ FACCHINI NETO; EICK, op. cit., p. 53.

³⁴⁵ Assim, Idem, p. 57: “Há situações em que tal dever de informar é particularmente acentuado. Por exemplo, ao ser submetido a tratamentos experimentais, técnicas novas, procedimentos que possam acarretar sérios riscos à saúde ou consequências definitivas, ou, ainda, quando se trata apenas de alcançar uma melhoria estética, o paciente deverá ser informado exhaustivamente sobre o seu quadro clínico, as alternativas terapêuticas existentes, as eventuais complicações ou os efeitos colaterais de cada tipo de intervenção, devendo ser esclarecido quanto às dúvidas que suscitar. Só após isso tudo é que deverá prestar o seu consentimento.”

informar os riscos *imprevisíveis e anômalos*, sob pena de promover a recusa do paciente à mais banal intervenção³⁴⁶.

Não há uma padronização do conteúdo do direito à informação do consumidor, cabendo à análise da relação jurídica a determinação daquelas referências que constituirão dever intransferível do fornecedor³⁴⁷. No caso da assistência ao parto, os índices de cesarianas, partos vaginais e domiciliares dos obstetras credenciados podem indicar tanto uma especialidade, experiência ou variedade de serviços (qualidade), como a prática de médicos que recusam ou fazem o possível para não conduzir partos vaginais (má qualidade) e não deveria ser omitida pelos planos de saúde.

Os dados, contudo, não se resumem aos obstetras relacionados no plano, como já se mencionou, as medidas centradas na gestante e em boas práticas de pré-natal e parto passam pelo corpo de enfermeiros obstetras e adoção de boas práticas hospitalares, o que demonstra que outras informações devem ser fornecidas pelo plano, como índices de cesáreas dos hospitais e maternidades e presença ou não de enfermeiros obstetras, entre outros.

Ao observar que o direito à informação do consumidor decorre da projeção sobre essas relações do direito fundamental à informação, previsto no art. 5º, XIV³⁴⁸, da Constituição Federal, Miragem recorda outro dever imposto por esse direito: o de não dificultar o acesso à informação verdadeira³⁴⁹.

Da mesma forma que não há uma padronização do conteúdo do direito à informação, também não se uniformiza como se forma um acesso sem obstáculos a ela, cabendo aos fornecedores – neste caso os planos de saúde – o desbloqueio sem burocracias destas informações.

Já na relação médico-paciente, Marques ressalta que, na obediência ao dever de informação, o “consumidor informado deve ter tempo para refletir sobre se aceita ou não o serviço e, em tema tão importante como sua saúde e vida, não deve ser pressionado sem justa causa pelo médico ou hospital”³⁵⁰.

³⁴⁶ FACCHINI NETO; EICK, op. cit., p. 61.

³⁴⁷ MIRAGEM, op. cit., p. 193.

³⁴⁸ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;” BRASIL, 1988, op. cit.

³⁴⁹ MIRAGEM, op. cit., p. 193.

³⁵⁰ MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 827, p. 11-48(27), set. 2004.

Esse dever de informação, além da clara obediência ao princípio bioético da autonomia, deriva-se, na relação consumerista, da adoção do princípio da boa-fé como cláusula geral que prevê a nulidade de cláusulas contratuais abusivas (CDC, art. 51, IV)³⁵¹ e como princípio fundante da Política Nacional das Relações de Consumo (princípio para interpretação teleológico, nas palavras de Facchini Neto e Eick³⁵²), preconizado no art. 4º, III do Código de Defesa do Consumidor³⁵³. A boa-fé objetiva compreende um parâmetro de atuação lícita, proba, leal, dentro da razoável expectativa criada em torno de cada situação do cotidiano, incluindo-se neste contexto, o contrato.

Desta forma, numa relação contratual, a quebra da boa-fé objetiva por uma das partes não subentende um agir de má-fé desta, mas uma falta de atenção às expectativas geradas pelo contrato à outra parte e ao comportamento que fez-lhe esperar dela no momento do pacto. Como instrui Marques, “boa-fé objetiva é um *standard*, um parâmetro objetivo, genérico, que não está a depender da má-fé subjetiva do fornecedor A ou B, mas de um patamar geral de atuação, do homem médio, do bom pai de família”³⁵⁴.

Uma das características deste patamar imposto pela boa-fé é a concretização de deveres acessórios decorrentes de seu reconhecimento, como o dever de proteção, o dever de esclarecimento e o dever de lealdade³⁵⁵. Cordeiro, em sua celebrada tese de doutoramento, já mencionava que “o campo mais produtivo no domínio do dever de esclarecimento é o dos contratos de prestação de serviços médicos”³⁵⁶.

³⁵¹ “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;” BRASIL, 1990, op. cit.

³⁵² FACCHINI NETO; EICK, op. cit., p. 69.

³⁵³ “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;” BRASIL, 1990, op. cit.

³⁵⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 215.

³⁵⁵ Neste sentido, ver CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1953, Seção II: Deveres Acessório, p. 586-631; A doutrina usualmente adota nomes diversos para os deveres acessórios, como instrumentais, anexos, laterais, de conduta, etc. Além disso, a doutrina tratou de amplificar este tipo de deveres, cabendo mencionar o de prestar contas, o de cooperação, o de omissão e de segredo, entre outros. (FACCHINI NETO; EICK, op. cit., p. 70).

³⁵⁶ CORDEIRO. op. cit., p. 605.

Dessa forma, omitir informações a respeito do risco e benefícios das opções de via de parto para mãe e para o bebê, métodos – farmacológicos ou não – de alívio da dor, opções de doulas e enfermeiras obstétricas, enfim, informações voltadas ao respeito aos princípios bioéticos da autonomia e não maleficência, configuram, na relação de consumo médico-paciente, inadimplemento contratual por quebra do dever acessório de informação derivado da boa-fé objetiva e das prerrogativas do Código de Defesa do Consumidor, assim como do direito fundamental de acesso à informação e, ainda que o resultado do serviço médico prestado seja condicente, ainda configura inadimplemento parcial da obrigação³⁵⁷. O mesmo equivale para a relação operadora-consumidora: configura inadimplemento contratual omitir informações acerca dos índices de cesáreas de seus profissionais, das maternidades que adotam ou não medidas de humanização do parto e da presença de enfermeiros obstetras ou doulas.

A hipossuficiência técnica, e não apenas econômica, justifica não só o dever de informação, como também a adoção da inversão do ônus da prova em favor do consumidor no CDC, em seu art. 6º, VIII³⁵⁸. A relação de consumo entre o obstetra e a gestante e a aplicação desse dispositivo nas demandas judiciais por erro médico colocam o consentimento informado no centro de inúmeras disputas judiciais propostas por consumidores de planos privados de assistência à saúde contra profissionais, hospitais e operadoras, uma vez que o ônus da prova recai sobre o médico, servindo o formulário de consentimento informado como prova cabal de comunicação de risco.

É possível encontrar na jurisprudência a presença, no formulário de consentimento informado, da comunicação do risco sofrido pelo paciente na ação judicial servindo como argumentação a favor do médico, afastando a falha do consentimento³⁵⁹. Em sentido contrário, a ausência de informação acerca dos riscos de histerectomia (perda parcial ou total do útero)

³⁵⁷ FACCHINI NETO; EICK. op. cit., p. 72.

³⁵⁸ “Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;” BRASIL. 1990, op. cit.

³⁵⁹ Assim, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação n. 0023519-96.2012.8.26.0482, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Mary Grün, j. 7 nov. 2018; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação n. 0025635-16.2010.8.26.0007, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Viviani Nicolau, j. 5 out. 2016; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação n. 0032536-36.2010.8.26.0577, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Marcus Vinicius Rios Gonçalves, j. 8 mai. 2018; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação n. 0111894-55.2012.8.26.0100, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Egidio Giacoia, j. 2 mar. 2018; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação n. 0051124-88.2011.8.26.0114, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Edson Luiz de Queiroz, j. 12 dez. 2017;

presente nas cesarianas em um formulário de consentimento informado assinado serviu para demonstrar falha na prestação de serviço³⁶⁰.

Em um caso específico, a presença no formulário de consentimento informado de que um em cada seiscentos procedimentos de laqueadura se revertia naturalmente, permitindo uma gravidez posterior, serviu de argumento favorável ao médico em ação de reparação de danos por gestante que engravidou após laqueadura realizada em conjunto à cesariana³⁶¹, sugerindo que alguns tipos de riscos requerem sua comunicação ainda que a probabilidade de ocorrerem seja pequena – mas a consequência, grande.

Outros julgados ilustram, por sua vez, como a ausência completa de formulário de consentimento informado pode ser considerada falha culposa dos profissionais na prestação do serviço médico³⁶².

Enquanto não existe regra específica acerca de quais informações são suficientes para garantir um equilíbrio na balança técnica que envolve médicos, planos de saúde e consumidores, o papel da jurisprudência torna-se fundamental para ilustrar essas informações e exerce função educativa na ação de médicos em geral. No contexto das escolhas de via de parto, essa atuação torna-se ainda mais importante, visto que a pesquisa de Gomes e Delduque demonstrou que 22,28% das ações de erro médico no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios compreendiam a especialidade gineco-obstetrícia³⁶³, a primeira colocada no ranking de especialidades. Em sentido semelhante, Koeche et al, analisando os processos julgados pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina entre 2005 e 2009, registraram a

³⁶⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação n. 0015422-08.2012.8.26.0127, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Claudio Godoy, j. 7 fev. 2017.

³⁶¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação n. 4006516-71.2013.8.26.0564, 28ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Hamid Bdine, j. 13 dez. 2016.

³⁶² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação n. 0116236-51.2008.8.26.0100, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 9 ago. 2016; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação n. 0004227-80.2009.8.26.0337, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Erickson Gavazza Marques, j. 7 dez. 2016; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação n. 0009763-21.2011.8.26.0008, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Fernanda Gomes Camacho, j. 31 mai. 2017; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Embargos Infringentes n. 0024171-96.2009.8.26.0554/50000, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. José Roberto Furquim Cabella, j. 18 out. 2018; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação n. 0004590-38.2012.8.26.0539, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Erickson Gavazza Marques, j. 22 nov. 2017; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação n. 0009585-69.2007.8.26.0022, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Moreira Viegas, j. 8 nov. 2017; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 436.827/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 1 out. 2002, Dje. 18 nov. 2002.

³⁶³ GOMES, Talita Rodrigues; DELDUQUE, Maria Célia. O erro médico sob o olhar do judiciário: uma investigação no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Cadernos Ibero-americanos de direito sanitário*, v. 6, n. 1, p. 72-85(80), jan./mar. 2017.

ginecologia-obstetrícia como a especialidade mais frequente entre as condenações (14,2%), atrás apenas dos médicos sem especialidade (33,2%).³⁶⁴

O reconhecimento do dever acessório de esclarecimento, derivado da boa-fé objetiva e positivado na regra consumerista, exemplifica como este princípio colabora na concretização do princípio da dignidade humana no campo das relações de consumo e sua importância na proteção da dignidade humana das gestantes consumidoras de serviços de assistência médica relacionados ao pré-natal, parto e pós-parto.

5.1.2 Responsabilidade do Estado no fornecimento de informação às consumidoras e seus desafios

Os malefícios da cesariana para mãe e bebê, assim como para alocação de recursos humanos e econômicos, dentro de um quadro de epidemia deste procedimento, especialmente na área de saúde suplementar, dão conta suficiente de caracterizar o problema como de saúde pública, necessitando da atuação do Estado para promoção da saúde da gestante consumidora de planos de saúde a fim de proporcionar benefícios de caráter coletivo.

Essa justificação pode passar tanto pelos dispositivos constitucionais acerca da saúde³⁶⁵, quanto pelo já mencionado primado da informação como fundante da Política Nacional de Saúde³⁶⁶, mas encontra na Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000, responsável pela criação da Agência Nacional de Saúde, sua correlação direta.

Inicialmente, porque faz parte de suas finalidades a promoção da “defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.”³⁶⁷

Ademais, sua competência envolve, entre outros:

Art. 4º Compete à ANS:

³⁶⁴ KOECHE, Luciane Gabriela. et al. Prevalência de erro médico entre as especialidades médicas nos processos julgados pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina. *Arquivos Catarinense de Medicina*. v. 42, n. 4, p. 45-53(45), jul./set. 2013.

³⁶⁵ Na Constituição Federal, a saúde é elencada como direito social (art. 6º) e tem sua universalidade, integralidade e igualdade assegurados (art. 196), assim como sua descentralidade (art. 198), além de ter suas ações caracterizadas como de relevância pública (art. 197). BRASIL. 1988, op. cit.

³⁶⁶ BRASIL, 1990, op. cit.

³⁶⁷ BRASIL. 2000, op. cit.

V - estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços próprios e de terceiros oferecidos pelas operadoras;

[...]

VII - estabelecer normas relativas à adoção e utilização, pelas operadoras de planos de assistência à saúde, de mecanismos de regulação do uso dos serviços de saúde;

[...]

XV - estabelecer critérios de aferição e controle da qualidade dos serviços oferecidos pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, sejam eles próprios, referenciados, contratados ou conveniados;

[...]

XXIII - fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento;

XXIV - exercer o controle e a avaliação dos aspectos concernentes à garantia de acesso, manutenção e qualidade dos serviços prestados, direta ou indiretamente, pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde;

[...]

XXVII - fiscalizar aspectos concernentes às coberturas e o cumprimento da legislação referente aos aspectos sanitários e epidemiológicos, relativos à prestação de serviços médicos e hospitalares no âmbito da saúde suplementar;

[...]

XXXVI - articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, observado o disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990;

XXXVII - zelar pela qualidade dos serviços de assistência à saúde no âmbito da assistência à saúde suplementar;³⁶⁸

Assim, observa-se que à ANS compete contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no Brasil e esta competência extrapola em muito a simples fiscalização dos serviços de assistência privada à saúde em prol da qualidade, legalidade e cobertura: é dever da agência zelar pela proteção e defesa do consumidor e respeito à Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Lei de Planos de Saúde), como pela qualidade dos serviços dessa natureza.

Muito além da perspectiva consumerista do serviço médico e seu enquadramento como bem de consumo, está a visão que médicos e gestantes fazem deste. Nos últimos anos, a prática médica vem observando transformações na visão que doutores e pacientes fazem da sua própria relação, direcionando-a para um modelo onde o paciente é visto como consumidor e o médico como fornecedor de serviços que, como qualquer outro fornecedor, encontra dificuldade em ignorar as demandas daquele³⁶⁹.

³⁶⁸ BRASIL. 2000, op. cit.

³⁶⁹ ANDERSON, op. cit., p. 696; Neste sentido, também são valiosas as ponderações de Evans e McCormack: “A existência de seguro de saúde [...] remove ou limita os encargos financeiros diretos sobre os consumidores de cuidados de saúde. Os consumidores podem comprar um produto – um procedimento médico custando milhares de dólares – por uma pequena parcela do custo, se for coberto pelo seguro. Portanto, seu foco está mais no benefício

São mudanças comportamentais e de perspectiva que perduraram por anos e fundaram barreiras comunicativas que requerem muito mais que a adoção de normas e a regulação judicial para derrubá-las. Além disso, reconhecer que o médico ou os familiares são a única fonte de informação confiável da gestante ignora as alterações nos canais de comunicação e sua mutação cada vez mais rápida na atualidade, impulsionada pela internet³⁷⁰, de forma que as gestantes possuem acesso direto a informações e mitos que antes só acessavam pelo médico e pelas amigas e parentes.

Estas particularidades do consumo de serviços médicos estão em transformação em todo mundo e exigem soluções adequadas aos novos problemas delas decorrentes, como o aumento do número e diversidade de assuntos em saúde competindo pela atenção do público, limitação do tempo das pessoas e variedade dos canais de comunicação³⁷¹.

A dificuldade de acesso e compreensão da população, contudo, permanece. Assim expõe Silva, analisando a comunicação no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS):

Observa-se, atualmente, que tem crescido a divulgação de informações e dados envolvendo doenças, pesquisas, diagnósticos, entre outros, pelos meios de comunicação, o que já caracteriza um grande avanço na disseminação da informação em saúde. O grande desafio para o setor é o de tornar essa informação acessível aos usuários do SUS de maneira universal. Ou seja, não basta divulgar os dados pura e simplesmente, é necessário apresentar a informação numa linguagem adequada, de forma a permitir que qualquer sujeito possa se apropriar do conhecimento. Em outras palavras, um dos maiores avanços da saúde pública brasileira será quando pudermos socializar dados, pesquisas e informações através dos diferentes meios de comunicação (internet, jornais, revistas, rádio, TV, etc.) para a população usuária do SUS, de forma ágil e clara.

Enquanto Silva observa a disposição de informação como ferramenta para estimular controle e participação social nas políticas de saúde, Rangel pondera sobre a comunicação de risco e como sua aplicação pode promover interesses sanitários e ambientais protegendo a

que receberão do produto e nos possíveis ‘custos’ físicos e psicossociais associados a ele, em oposição aos custos financeiros. Essa faceta única de produtos de cuidados com a saúde deve ser levada em consideração ao transmitir informações aos consumidores.” EVANS; MCCORMACK, op. cit., p. 782, tradução nossa de: “the existence of health insurance [...] removes or limits the direct financial burden on health care consumers. Consumers are able to purchase a product—a medical procedure costing thousands of dollars—for a small portion of the cost if it is covered by their insurance. Therefore, their focus is more on the benefit they will receive from the product and possible physical and psychosocial “costs” associated with it, as opposed to financial costs. This unique facet of health care products should be taken into consideration when conveying information to consumers.”

³⁷⁰ Idem, p. 782.

³⁷¹ Idem, p. 782; A título de exemplo, Gebele et al levantam a existência, nos Estados Unidos, de sites de avaliação de atendimentos médico-hospitalares, nos quais usuários do sistema pontuam hospitais de acordo com sua satisfação, os autores lembram ainda que, neste país, 70% dos usuários de serviços médicos afirmam fazer uso da internet para adquirir informações. GEBELE, op. cit, p. 10-12.

população³⁷². Ou seja, a disposição da informação como política pública pode tanto estimular a democracia, informando sobre seus direitos, como pode prevenir malefícios à saúde, alertando sobre riscos.

Essa segunda utilidade é assim descrita por Rangel:

Essa política buscaria estimular os agentes reguladores a serem pró-ativos em suas interações com a mídia e outras fontes de informação confiáveis, fazendo aumentar a confiança da população em suas ações, influenciando positivamente na forma como pode ser feita a comunicação do risco pelos meios.

A comunicação de risco é um processo interativo de troca de informações entre os atores interessados a fim minimizar e controlar estes riscos, operando uma metodologia multifacetada que combina “pesquisa de opinião e de percepção de risco, grupos focais, análise de conteúdo, *surveys*, entrevistas individuais e testes de mensagens”³⁷³ e cujo enfoque reside principalmente no consumo de bens e serviços de interesse da saúde, como bebidas, medicamentos, alimentos e tecnologias biomédicas³⁷⁴.

Neste conjunto, onde são equiparados bebidas, cigarros, medicamentos e diagnósticos, a forma como se dispõe a informação acerca do risco varia drasticamente.

Evans e McCormack, estudando a adoção de estratégias de marketing aplicadas às mudanças sociais em saúde, demonstram como o uso de marketing reverso visando a redução do consumo de tabaco foca em contra-atacar as estratégias de marketing da indústria do cigarro e, assim, promover mudanças no comportamento de saúde da população³⁷⁵.

Este é um modelo que pode ser adotado para combater o abuso de opióides, problema de saúde pública americano em franca ascensão, mas não pode ser usado na promoção de comportamento saudável na escolha da via de parto, que não sofre a influência de estratégias de marketing, nem tem seus malefícios baseados em evidências médicas concretamente estabelecidos como os males do cigarro ou dos remédios derivados do ópio.

Diante deste cenário de incerteza de evidências clínicas, que não permitem uma abordagem dicotômica do procedimento, um exemplo de aplicação do marketing social reside num modelo de recomendação focado em três sentenças que encaixa-se na promoção da autonomia da gestante para escolha da via de parto e reforço de seus valores individuais: “1)

³⁷² RANGEL-S, Maria Ligia. Comunicação no controle de risco à saúde e segurança na sociedade contemporânea: uma abordagem interdisciplinar. *Ciência & Saúde Coletiva*. v. 12, n. 5, p. 1375-1385(1378), 2007.

³⁷³ Idem, p. 1379.

³⁷⁴ Idem, p. 1378.

³⁷⁵ EVANS; MCCORMACK, op. cit., p. 781.

Considere seus valores e preferências individuais; 2) Fale com seu médico sobre eles [valores e preferências] e sobre as opções [de tratamento]; 3) Considere se envolver mais no processo de decisão porque você lidará com as consequências da decisão.”³⁷⁶

Aqui, as mesmas colocações sobre a complexidade da comunicação de risco, são expostas por Evans e McCormick sobre o uso de estratégias de marketing a favor de mudanças comportamentais afeitas à sociedade:

Os profissionais de marketing social prestam muita atenção à reação humana às mensagens e à entrega de mensagens, fazendo ajustes conforme necessário para aumentar a compreensão e o impacto potencial. É importante o pré-teste das mensagens com o público-alvo antes de usar, especialmente quando o conteúdo da mensagem é complicado. Técnicas de pesquisa formativa, incluindo entrevistas individuais e em grupo, podem ajudar a garantir que as mensagens e os materiais sejam culturalmente sensíveis e usem efetivamente uma linguagem clara.

A adoção da comunicação de risco recebe algumas críticas no que toca à transmissão e difusão de informações numa dimensão técnica ou mera reprodução de mensagens, sem considerar a subjetividade do receptor da mensagem³⁷⁷. O modelo fundado nos estudos de marketing social proposto por Evans e McCormick visa justamente usar esse comunicação de risco para enaltecer os valores da paciente e incentivá-la a superar a barreira técnica comum ao consumo de serviços de saúde através de uma atitude questionadora por parte dela.

Outra crítica deriva do reconhecimento da pluralidade de fontes de informações disponíveis: uma vez recebida a comunicação do risco, o receptor interessado busca outras informações em fontes variadas³⁷⁸, cabendo ao estudo dessa área reconhecer essas fontes e aproveitá-las fornecendo material acessível, acurado e com qualidade.

Há outro lado da disposição da informação que também precisa ser analisado na formulação de políticas de comunicação: os problemas decorrentes do aumento de informações *com qualidade* disponíveis³⁷⁹.

³⁷⁶ EVANS; MCCORMACK, op. cit., p. 787, tradução nossa de: “1) consider your individual values and preferences, 2) talk to your doctor about them and your options, and 3) consider being more involved in the decision-making process because the individual must deal with the consequences of the decision.”.

³⁷⁷ RANGEL-S, op. cit., p. 1382.

³⁷⁸ RANGEL-S, op. cit., p. 1383.

³⁷⁹ Assim, Gebele et al: “O aumento da autonomia do paciente e a soberania do consumidor confrontam os pacientes com um maior grau de responsabilidade e maior envolvimento nos processos de tomada de decisão em saúde. Para cumprir sua função ampliada, os pacientes precisam de informações sobre provedores de serviços de saúde, doenças e diferentes métodos de tratamento para diminuir a assimetria de informações. Portanto, o fornecimento de informações precisas e atualizadas é essencial para permitir que os pacientes façam escolhas informadas. Há uma discussão em andamento na pesquisa de políticas de saúde sobre como os pacientes podem receber mais informações e como o acesso a informações de qualidade pode ser facilitado. No entanto, até agora, os formuladores de políticas de saúde não consideraram problemas potenciais que surgem da maior disponibilidade

Gebele et al ponderam que a sobrecarga de informações de saúde disponíveis, aliadas à necessidade de experiência e expertise para compreendê-las pode sujeitar os pacientes a experimentar dissonâncias psicológicas e frustrações, que usualmente conduzem à escolha precipitada, feita para se livrar deste encargo³⁸⁰ – efeitos que contradizem justamente o reforço à autonomia procurado com políticas voltadas à comunicação³⁸¹.

Cumprе salientar que, na escolha da via de parto, a consumidora já encontra-se sobrecarregada pelo seu contexto, o qual compreende, entre outros, responsabilidade materna, pressão social e medo. Nessas circunstâncias, denominadas “situações críticas com alto grau de preocupação”, elas processam apenas 20% da informação recebida, uma barreira imposta por um estado de “paralisação cognitiva”³⁸².

As informações apresentadas, longe de fornecerem uma resposta acabada à formulação de políticas de comunicação de risco às consumidoras de planos de saúde acerca das escolhas de via de parto, conseguem apenas ilustrar parte da complexidade que envolve esta disposição de informação. São considerações, contudo, importantes quando em voga a saúde e vida das pessoas.

Enquanto é responsabilidade da Agência Nacional de Saúde Suplementar a promoção de qualidade nos serviços de assistência privada à saúde, a promoção do bem-estar das gestantes em nada diferencia das diversas políticas de conscientização promovidas no país, como exame de próstata, uso de preservativos, combate às drogas, conscientização no trânsito, e outros temas afeitos à sociedade e que inclusive marcaram a história do país.

A urgência deste tema no mercado de consumo de serviços de saúde indica que a formulação dessa política é mandamento para a promoção da defesa do consumidor integrada

de informações de qualidade.” GEBELE et al, op. cit., p. 10. Tradução nossa de: “Increased patient autonomy and consumer sovereignty confront patients with a higher degree of responsibility and more involvement in health decision-making processes. To fulfill their expanded role, patients need information about health service providers, diseases, and different treatment methods to decrease information asymmetry. Therefore, the provision of precise and up-to-date information is essential to allow patients to make informed choices. There is an ongoing discussion in health policy research on how patients can be provided with more information and how access to quality information can be facilitated. However, thus far, health policymakers have not considered potential problems that arise from the increased availability of quality information.”

³⁸⁰ Idem, p. 10-11.

³⁸¹ Neste sentido, Gebele et al: “Os formuladores de políticas assumem que os pacientes fazem escolhas racionais com base nas informações disponíveis, pesando e equilibrando atributos e valores relevantes. No entanto, com base em análises empíricas das decisões de escolha do fornecedor, sabemos que os pacientes geralmente usam atalhos ou heurísticas intuitivas devido à falta de interesse e dificuldade de interpretar as informações extensas e às vezes contraditórias em relação à qualidade.” Idem, p. 11, tradução nossa de: “Policymakers assume that patients make rational choices based on the information available, weighing and balancing relevant attributes and values. However, based on empirical analyses of provider choice decisions, we know that patients often use shortcuts or intuitive heuristics due to a lack of interest and difficulty in interpreting the extensive and sometimes contradictory information regarding quality.”

³⁸² RANGEL-S, op. cit. p. 1379.

ao princípio fundamental do Estado Democrático de Direito ao proteger os direitos circundantes a ele, em especial a saúde e a liberdade.

A possibilidade aventada, porém, de uma política focada na promoção da autonomia da consumidora ter resultados negativos, cerceando este direito, sugere a necessidade de atenção por parte dos formuladores de políticas às características sociais e comportamentais do consumo, como a ideia de confusão do consumidor e marketing social, fundamentais para a devida promoção da qualidade dos serviços privados de assistência médica como forma de redução dos índices de cesáreas no mercado de planos de saúde.

5.2 Morbimortalidade materno-infantil: os direitos da personalidade das consumidoras no centro da redução das taxas de cesáreas no sistema de saúde suplementar

O papel desempenhado pela dignidade da pessoa humana ultrapassa a legitimação do sistema protetor do consumidor bem como sua aplicação como regra ordinária. Ela também sustenta e justifica a instituição da responsabilidade civil, uma vez decorrente do fato de que o homem possui capacidade de se autodeterminar e reconhecer que não pode ser tratado como coisa (usado para a consecução de fins ou precificado)³⁸³.

A centralização da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico a partir do advento da Constituição Federal de 1988 e sua inclusão entre os princípios fundantes do Estado Democrático de Direito despertou a necessidade de melhor conhecer seu conceito bem como sua aplicação na reparação de lesões à moral humana³⁸⁴.

Quando discutido dentro da reparação de danos, ganha ainda mais relevo o estudo da dignidade humana quando esta se faz necessária à abertura dos direitos da personalidade frente ao progresso científico e interesses relacionados à ética biomédica³⁸⁵.

³⁸³ SANTOS, Romualdo Baptista dos. Responsabilidade civil e dignidade da pessoa humana. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz (Coord.). *Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade*. Porto Alegre: Magister, 2007, p. 369-386(385).

³⁸⁴ CECÍLIA, Silvana Louzada Lamattina. A dignidade da pessoa humana como objeto de responsabilidade civil. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz (Coord.). *Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade*. Porto Alegre: Magister, 2007, p. 387-406(401).

³⁸⁵ Neste sentido, Bolson: “Quando, no século XIX, se imaginaria que um contratante poderia requerer a revisão das cláusulas de um contrato – *direito do consumidor à revisão dos contratos*? Ou que um fornecedor poderia ser responsabilizado por anotações indevida em cadastro de crédito – *direito do consumidor a um nome sem mácula*? Ou mesmo que um fabricante de cigarro seria responsabilizado pelos danos à saúde do fumante – *direito do consumidor à saúde e qualidade do produto*?” BOLSON, op. cit., p. 138, grifos da autora..

No centro das discussões acerca da redução dos índices de cesáreas, enquanto proliferam-se modelos de formação do consentimento informado e técnicas de humanização do parto voltadas à percepção positiva das gestantes acerca do parto vaginal, os riscos das cesarianas à morbimortalidade de mães e bebês são usualmente ignorados, ainda que tratem de assunto amplamente documentado e relacionado ao respeito à vida, bem mais precioso da pessoa.

Como já manifestava Szaniawski em sua obra, a integridade corporal, traduzida na incolumidade física da pessoa e sua saúde, encontra na medicina, doença e saúde a tríade que invade nosso direito na atualidade, buscando a tutela da incolumidade do corpo “assegurar o livre desdobramento da personalidade e da dignidade humana”³⁸⁶.

Os direitos que integram a personalidade do indivíduo carregam características específicas segundo sua natureza e são conferidos à pessoa humana dentro de seus aspectos e valores íntimos como também em sua projeção exterior. Pode-se dizer que os direitos da personalidade têm como objeto a própria pessoa³⁸⁷ ou os aspectos que formam a pessoa, e não encontram correspondência com valores pecuniários³⁸⁸, mas com direitos essenciais ao livre desenvolvimento pessoal – como, por exemplo, o direito à própria vida, ao corpo e à integridade física – bem como direitos essenciais ao reconhecimento dessa personalidade na sociedade em que ela se encontra, como os direito à honra, à intelectualidade, à intimidade, ao segredo, à identidade e à moral, entre outros³⁸⁹.

Uma das razões de se vincular os direitos da personalidade não só àqueles essencialmente pessoais, como a vida e o corpo, como também àqueles referente à projeção da pessoa humana na sociedade, remete ao interesse coletivo que orbita os objetivos pessoais que

³⁸⁶ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 270.

³⁸⁷ HEINZMANN, Clara; FACHIN, Zulmar. Os direitos da personalidade como direitos subjetivos públicos. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, Maringá, v. 10, n. 1, p. 217-234 (220), jan./jun. 2010.

³⁸⁸ Como ensina PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direitos da personalidade. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 3, n. 3, p. 5-19(6-7), jan. 1995: “não se traduzem eles como valores pecuniários, mas nem por isto são menos assegurados pela ordem jurídica. Estão presentes no direito à própria vida, ao próprio corpo, à integridade física e moral, à própria identidade, ao bom nome, ao bom conceito de que desfruta no ambiente em que vive, como na sociedade em geral; o direito à própria imagem, à intimidade; e numa proteção de sua inteligência ou de sua habilidade o direito de autor sobre suas criações intelectuais, artísticas ou mecânicas de toda espécie.”

³⁸⁹ Assim, Bittar pontua que “consideram-se da personalidade os direito reconhecido à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, o segredo, o respeito, a honra, a intelectualidade e outros tantos.” (BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 29); Assim, também, Holanda: “Os direitos da personalidade são todos os direitos necessários à realização da personalidade bem como à sua inserção nas relações jurídicas, constituindo prerrogativas ou faculdades que permitem a cada ser humano o desenvolvimento de suas aptidões e energias tanto físicas como espirituais, que integram o conteúdo essencial da personalidade.” HOLANDA, Danielle Spencer. A repercussão da constitucionalização sobre os direitos da personalidade: em busca da dignidade da pessoa humana. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, Franca, v. 12, n. 2, p. 37-64(42), dez. 2017.

cada um possui em sua vida. Enquanto, de um lado, é interesse da pessoa não ficar doente, salvaguardando sua integridade física, por exemplo, é interesse do Estado, fundado na regra básica de convivência, que a pessoa desenvolva suas aptidões, contribuindo para o progresso coletivo³⁹⁰.

Uma segunda razão encontra respaldo na proteção devida pelo Estado diante do seu domínio sobre a individualidade, visto que houve uma disposição dessa liberdade individual a partir de um Contrato Social teorizado por Rousseau e que, como se verá adiante, influenciou a formulação dos direitos da personalidade dentro de um sistema de leis.

Como as entidades de pessoa jurídica são detentoras de direitos e obrigações e recebem a atribuição de personalidade jurídica, Morato defende a definição dos direitos da personalidade como aqueles que “versam sobre a própria pessoa e seus reflexos e que são *reconhecidos* à pessoa humana e *atribuídos* à pessoa jurídica.”³⁹¹

Uma vez reconhecidos à pessoa humana, os direitos da personalidade permitem sua defesa contra a ameaça externa, seja do Estado, seja de terceiros. Essa “permissão” traduz a própria definição dos direitos da personalidade para Diniz, segundo a qual

o direito de personalidade é o direito da pessoa de defender o que lhe é próprio, como a vida, a identidade, a liberdade, a imagem, a privacidade, a honra, etc. É direito subjetivo de exigir um comportamento negativo de todos, protegendo um bem próprio, valendo-se de ação judicial.³⁹²

O direito de se exigir comportamento negativo de todos, inclusive do Estado³⁹³, relaciona-se aos chamadas direitos de liberdade, caracterizados por este comportamento, que se traduz na não interferência nestes direitos, como a vida, a liberdade, a integridade física, a intimidade ou a honra³⁹⁴.

Embora considerados como projeção dos direitos naturais³⁹⁵, uma vez que os direitos da personalidade versam sobre as características que constituem seus valores mais íntimos³⁹⁶, é notável que se trata de uma teoria de construção recente, marcada principalmente pelo seu

³⁹⁰ BITTAR, op. cit., p. 129-130.

³⁹¹ MORATO, Antonio Carlos. Quadro geral dos direitos da personalidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 106/107, p. 121-158 (124), jan./dez. 2011/2012. Grifos do autor.

³⁹² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 123.

³⁹³ NAGEL, Thomas. Personal Rights and Public Space. *Philosophy and Public Affairs*, Princeton, vol. 24, n. 2, p. 83-107(84), *spring*, 1995.

³⁹⁴ MORATO, op. cit., p. 137-138.

³⁹⁵ PEREIRA, op. cit., p. 5.

³⁹⁶ Nas palavras de BITTAR, op. cit., p. 51: “[...] são reconhecidos esses direitos, que se exercitam sobre a própria pessoa, assegurando o gozo de bens internos [...]”.

reconhecimento frente ao Estado através das codificações, principalmente a partir do século XVIII, sob influência da teoria contratualista de Rousseau – apesar da Magna Carta inglesa reconhecer direitos próprios do ente humano já no século XIII³⁹⁷.

Essa é a conclusão de Morato, segundo o qual os direitos da personalidade originam-se

na reação ao domínio estatal sobre o indivíduo, por meio da teoria contratualista, que identificou tais direitos como inatos ao homem. A teoria contratualista, difundida por Jean-Jacques Rousseau, vê um contrato originário entre o ser humano e a sociedade, em que aquele dispõe de seu natural direito à liberdade em prol da segurança oferecida pela sociedade. No entanto, a sociedade corrompida pelo arbítrio de seus governantes reduz mais e mais a esfera de liberdade dos indivíduos, sendo célere a frase de Rousseau que diz que o ser humano nasce livre, mas onde quer que se olhe se encontra escravizado.³⁹⁸

Dessa relação entre a teoria contratualista de Rousseau e a atuação dos jus-filósofos do século XVIII é que nasce a Constituição norte-americana de 1787 e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1791, textos que marcam o reconhecimento de direitos inatos ao homem³⁹⁹ mesmo sendo possível, como mencionado, encontrar direitos próprios do ente humano já no século XIII ou antes disso.

O fundamento do Direito Natural atribuído aos direitos da personalidade sustenta uma importante característica destes: a impossibilidade de normatizá-los em um rol taxativo de direitos⁴⁰⁰. Essa natureza ganha relevância quando se observa que a evolução dos direitos da personalidade está diretamente ligada à evolução da sociedade, da tecnologia e da medicina, podendo-se mencionar, apenas a título de exemplificação, as questões vinculadas à identidade de gênero e nome social, os direitos autorais e os meios de comunicação, a imagem de pessoas jurídicas e produtos comerciais e o contexto jurídico em que se inserem os embriões e a fertilização *in vitro* – situações inimagináveis no século XVIII, quando as notadas codificações anteriormente mencionadas foram criadas, ou mesmo no começo do século XX, quando o mundo começava a entender os reflexos – jurídicos e ambientais – da revolução industrial. Neste sentido, Bolson sustenta que

se o valor fundamental do ordenamento jurídico, hoje, é a pessoa humana e sua dignidade, parece-nos que enclausurar os direitos da personalidade em um

³⁹⁷ BITTAR, op. cit., p. 51.

³⁹⁸ MORATO, op. cit., p. 128-129.

³⁹⁹ Idem, p. 130.

⁴⁰⁰ Idem, p. 141.

rol fechado não é a melhor opção legislativa. [...] Quando, no século XIX, se imaginaria que um contratante poderia requerer a revisão das cláusulas de um contrato – *direito do consumidor à revisão dos contratos*? Ou que um fornecedor poderia ser responsabilizado por anotação indevida em cadastro de crédito – *direito do consumidor a um nome sem mácula*? Ou mesmo que um fabricante de cigarro seria responsabilizado pelos danos à saúde do fumante – *direito do consumidor à saúde e qualidade do produto*? Sem falarmos dos interesses existentes relacionados ao Biodireito e à Bioética, os quais já são objetos de intensos debates, como é o caso do clone humano [...].⁴⁰¹

Como se observa pelo trecho transcrito da autora, a existência de uma dignidade humana como valor fundamental do ordenamento – e que deve ser tutelado – poderá suprir a positivação taxativa (e impossível) desses direitos da personalidade na busca por uma proteção suficiente do Estado sobre estes direitos e realização de efetiva justiça.

Observando a doutrina de Perlingieri e sua definição de personalidade, por sua vez, essa atipicidade parece muito mais simples de se reconhecer através da singularidade e, ao mesmo tempo, maleabilidade características aos fatores atinentes ao valor que expressa a personalidade:

Onde o objeto de tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar; torna-se necessidade lógica reconhecer, pela especial natureza do interesse protegido, que é justamente a pessoa a constituir ao mesmo tempo o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo de relação. A tutela da pessoa não pode ser fracionada em isoladas *fattispecie* concretas, em autônomas hipóteses não comunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como problema unitário, dado o seu fundamento representado pela unidade do valor da pessoa. Este não pode ser dividido em tantos interesses, em tantos bens, em isoladas ocasiões, como nas teorias atomísticas. A personalidade é, portanto, não um direito, mas um *valor* (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações.⁴⁰²

Mesmo reconhecidos na Constituição norte-americana de 1787 e na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1791, como mencionado, é certo que no século XIX não se observa referência à presença dos aspectos e atributos da pessoa humana nas principais

⁴⁰¹ BOLSON, op. cit., p. 138, grifos da autora.

⁴⁰² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução Maria Cristina De Cicco. 1. Ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 155-156, grifos do autor.

codificações, como o Código Civil francês de 1804, o código italiano de 1865 ou o código português de 1866 – restando positivado no código civil da Alemanha, efetivado em 1900, mas apenas no tocante à reparação do ato ilícito (§ 823)⁴⁰³ –, fato que reforça a construção recente da teoria dos direitos da personalidade.

Enquanto a positivação impulsiona a construção teórica dos direitos da personalidade, é importante observar também que seu reconhecimento pela ordem jurídica permite atribuir aos direitos da personalidade características de direito subjetivo, ou seja, de um interesse juridicamente protegido⁴⁰⁴.

É evidente que a origem do direito natural que fundamenta os direitos da personalidade permite afirmar que eles já existiam antes da positivação, de outra forma não seria, visto que reconhecem atributos inerentes à pessoa como ser humano e como membro de uma coletividade. Visível, como já exposto, que este fundamento também impede a criação de um rol taxativo de direitos da personalidade. No caso específico do direito à integridade física, ainda, Szaniawski pontua que na antiga Roma já se considerava o direito ao próprio corpo e ele não possuía o viés patrimonial que muito marcou os estudos em direito da personalidade⁴⁰⁵.

Apesar de se admitir a impossibilidade de positivar todos os direitos da personalidade, o reconhecimento pelo ordenamento jurídico através da sua proclamação em lei permite o desenvolvimento de um sistema de proteção desses direitos que não existiam antes da positivação. Este é o entendimento contemplado por Pereira:

A circunstância de sua proclamação pelo direito positivo não significa que seriam uma concessão do Estado, ou do Estado legislador. Em todo tempo, o direito à vida, à integridade física e moral, e outros atributos pessoais estiveram presentes. O que às vezes faltava era a tutela específica, e foi esta que se esboçou e se desenvolveu no presente século. É por isso que se considera que os direitos da personalidade são uma conquista de nosso tempo [...]. Os direitos da personalidade adquiridos são aqueles que não existem como atributos da pessoa na vida social, porém constituem-se ou se disciplinam em função do ordenamento jurídico lhes dar forma e instituírem mecanismos específicos de proteção.⁴⁰⁶

⁴⁰³ PEREIRA, op. cit., p. 7. Assim era a redação do § 823, I do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), o Código Civil da Alemanha: “a pessoa que, intencionalmente ou por negligência, prejudica ilegalmente a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou qualquer direito ou pessoa é passível de compensar à outra parte pelo dano decorrente disso.” (GERMANY. Federal Ministry of Justice. *German Civil Code – BGB*. Disponível em: <<http://www.f.d.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>>. Acesso em: 22 dez 2018. Tradução nossa de: “a person who, intentionally or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or another right of another person is liable to make compensation to the other party for the damage arising from this.”).

⁴⁰⁴ PEREIRA, op. cit., p. 8.

⁴⁰⁵ SZANIAWSKI, op. cit., p. 270.

⁴⁰⁶ PEREIRA, op. cit., p. 11.

Embora concordem quanto à proteção do sistema àqueles direitos reconhecidos por ele⁴⁰⁷, a caracterização em direitos adquiridos aceita por Pereira e supramencionada, delimitando aqueles direitos que dependem da tutela do ordenamento jurídico⁴⁰⁸, não encontra respaldo em Bittar, que atribui à proteção legal a evolução de conceitos e atuação jurisprudencial e doutrinária de um direito que já existia, uma vez ínsito ao homem⁴⁰⁹.

Ganha relevância essa instituição de mecanismos de proteção quando se observa que a evolução social e tecnológica passa a exigir mais do Estado em termos de regulamentação e tutela. Os exemplos antes contemplados, como a identidade de gênero, os direitos autorais, a imagem de pessoas jurídicas e os novos meios de fertilização *in vitro*, demonstram a incapacidade de se ter um rol taxativo de direitos da personalidade, como, ainda, reforçam a necessidade do reconhecimento destes direitos pelo ordenamento a fim de tutelar, respectivamente, a possibilidade de uso de nome social, a ameaça da internet aos direitos autorais e à imagem de pessoas jurídicas e a seleção genética indiscriminada ou com ideais meramente estéticos.

Para elucidar o estágio de desenvolvimento social e tecnológico – pelo menos no tocante às ciências biológicas – e os desafios para o ordenamento e sua aplicação, cumpre trazer o ensinamento de Habermas:

É nessa situação que nos encontramos hoje. O progresso das ciências biológicas e o desenvolvimento das biotecnologias ampliam não apenas as possibilidades de ação já conhecidas, mas também possibilitam um novo tipo de intervenção. O que antes era “dado” como natureza orgânica e podia quando muito ser “cultivado”, move-se atualmente no campo da intervenção orientada para um objetivo. Na medida em que o organismo humano também é compreendido nesse campo de intervenção, [...] a fronteira entre a natureza do que “somos” e a disposição orgânica que “damos” a nós mesmos acaba se desvanecendo. Por conseguinte, para os sujeitos produtores, surge um novo tipo de auto-referência, que alcança o nível mais profundo do substrato

⁴⁰⁷ Como Pereira, elucida BITTAR, op. cit., p. 38-39: “assim, em certos casos, quando recebem consagração em nível constitucional – passando a representar ‘direitos fundamentais’ -, a sua consideração eo seu enfoque dentro do plano positivo encontram justificativa exatamente para a delimitação desse interessante campo de estudo, que se vem afirmando, especialmente na França. Isso não importa, no entanto, em cingir os direitos da personalidade aos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Esses direitos – muitos dos quais não configuram ou não são suscetíveis de configurar ‘direitos fundamentais’ – existem antes e independentemente do direito positivo, como inerentes ao próprio homem, considerado em si e em suas manifestações. Quando ganham a Constituição, passando para a categoria de direitos fundamentais, recebem todo o sistema de proteção próprio.”

⁴⁰⁸ Segundo PEREIRA, op. cit., p. 10, grifos do autor: “no contexto geral dos atributos ou exigências do homem em sociedade, há que considerar duas categorias de direitos fundamentais. De um lado, aqueles que são inatos, ou imanentes, sobrepostos a quaisquer considerações legislativas. De outro lado, há os igualmente afirmativos de personificação social do homem, porém dependentes de [serem] atribuídos pelo direito positivo. Daí dizer-se que há direitos da personalidade *inatos*, e direitos da personalidade *adquiridos*.”

⁴⁰⁹ BITTAR, op. cit., p. 40.

orgânico. Sendo assim, dependerá da autocompreensão desses sujeitos o modo como desejarem utilizar o alcance da nova margem de decisão – de maneira *autônoma*, segundo considerações normativas que se inserem na formação democrática da vontade, ou de maneira *arbitrária*, em função de suas preferências subjetivas, que serão satisfeitas pelo mercado. Não se trata de uma atitude de crítica cultural aos avanços louváveis do conhecimento científico, mas apenas de saber se a implementação dessas conquistas afeta a nossa autocompreensão como seres que agem de forma responsável e, em caso afirmativo, de que modo isso se dá.⁴¹⁰

O culto à tecnologia e sua presença na prática obstétrica não reflete apenas a crença difundida entre gestantes de que colabore com a segurança e a posição institucional principalmente do setor suplementar de saúde. Chervenak, McCullough e Brent concluem, observando o excesso de teste diagnósticos pré-natais solicitados por gestantes, que há uma busca pelo controle da biologia humana e pela perfeição do bebê acarretada pela expectativa depositada na evolução da medicina⁴¹¹.

O reconhecimento de direitos da personalidade não é importante apenas entre aqueles considerados “sofisticados”. Direitos básicos como a liberdade, a vida e a integridade física merecem respaldo legal quando constantemente ameaçados por regimes autoritários ou sob a bandeira da proteção da coletividade. Seu reconhecimento permite a criação de instituições destinadas à reforça-los, evitando assim a tortura, a prisão e homicídio de dissidentes políticos. Assim, elucida Nagel, em oposição à atipicidade dos direitos da personalidade:

Contrário ao que sugere a Declaração da Independência dos Estados Unidos, direitos não são autoevidentes: requerem argumentos, definições e ajustes precisos, o que sempre dará margem a controvérsias, e há espaço para consideráveis discordâncias e desenvolvimentos nos detalhes de seu delineamento.⁴¹²

A positivação desses direitos inerentes à pessoa demonstram quais interesses e direitos são organizados dentro do sistema moral ocupado pelos indivíduos. Mesmo que se trate de

⁴¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* Tradução Karina Jannini. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 17-18, grifos do autor.

⁴¹¹ CHERVENAK; MCCULLOUGH; BRENT, op. cit., p.e1.

⁴¹² NAGEL, op. cit., p. 84, tradução nossa de “Contrary to the suggestion of the Declaration of Independence, rights are not self-evident: They require precise argument, definition, and adjustment, which will always give rise to controversy, and there is room for very considerable disagreement and development in the details of their design.”; fazendo referências à célebre frase da Declaração de Independência dos Estados Unidos: “Consideramos estas verdades como autoevidentes, que todos os homens são criados iguais, que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes são vida, liberdade e busca da felicidade.” (HANCOCK, John. *A declaração de independência dos Estados Unidos da América*. Disponível em: <http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidade/s/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/DECLARA%C3%87%C3%83O%20DE%20INDEPENDENCIA%20DOS%20EUA%20-04%20de%20julho%20de%201776%20-%20PORTUGU%C3%8AS.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2018).

direitos de fundamento natural – que não precisam ser criados, mas sim reconhecidos – sua positivação indica que há uma justificativa moral decisiva para incluir a inviolabilidade desses direitos dentro do status de cada membro da comunidade moral⁴¹³. A positivação desses direitos “básicos” de personalidade demonstra que o *status* dos membros da comunidade moral não será abalado sob justificativas políticas ou coletivas, uma vez que se inserem entre direitos invioláveis reconhecidos dentro do sistema legal.

Na legislação brasileira, é possível encontrar alguns dispositivos que reconhecem direitos da personalidade, outros que caracterizam-nos, e, por fim, artigos de leis que permitem desenhar e ordenar um sistema de proteção desses direitos. A heterogenia dos direitos da personalidade e sua regulação ora na Constituição Federal de 1988, ora no Código Civil de 2002 e, ainda, assentado em dispositivos do Código Penal, leva Pereira a concluir que os diferentes instrumentos de tutela jurídica acabam diversificando também sua oponibilidade, sem alterar, porém, suas características essenciais⁴¹⁴.

O artigo 11 do Código Civil de 2002 determina que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária, exceto no casos previstos e lei.

É importante observar que o artigo 2º do Código Civil de 2002 preconiza a manifestação dos direitos da personalidade desde o nascimento, ou seja, são inatos, assegurando os direitos ao nascituro. Já o mencionado artigo 11 do CC/2002 reconhece a possibilidade da

⁴¹³ Neste sentido, NAGEL: “acredito que é mais acurado pensar em direito com aspectos de um *status* – parte do que envolve fazer parte de uma comunidade moral. A ideia de direitos expressa uma concepção particular do tipo de lugar que deveria ser ocupado por indivíduos num sistema moral – como suas vidas, ações e interesses deveriam ser reconhecidos pelo sistema de justificativas e autorizações que constituem a moralidade. Status moral, como conferido pelos direitos morais, é formalmente análogo a status legal, como conferido pelos direitos legais, exceto que não depende das práticas sociais. É uma condição normativa universal, consistente no que é permitido fazer às pessoas, que pessoas podem fazer, que justificativas são necessárias para preveni-las de fazer o que querem fazer, e assim por diante. Como esse status normativo é possuído por todas as pessoas ou nenhuma, ele é não agregativo: não é o tipo de benefício que pode ser redistribuído ou aumentado. De fato, ele sequer pode ser criado, apesar de poder ser reconhecido. A existência de direitos morais não depende de seu reconhecimento político e execução, mas sim na questão moral se há uma justificativa decisiva de incluir essa forma de inviolabilidade no status de cada membro da comunidade moral.” (NAGEL, op. cit., p. 85, tradução nossa de: “I believe it is most accurate to think of rights as aspects of status – part of what is involved in being a member of the moral community. The idea of rights expresses a particular conception of the kind of place that should be occupied by individuals in a moral system – how their lives, actions, and interests should be recognized by the system of justification and authorization that constitutes a morality. Moral status, as conferred by moral rights, is formally analogous to legal status, as conferred by legal rights, except that it is not contingent on social practices. It is a universal normative condition, consisting of what is permitted to be done to persons, what persons are permitted to do, what sorts of justifications are required for preventing them from doing what they want, and so forth. Because this normative status is possessed by all persons or none, it is nonaggregative: It is not the kind of good that can be redistributed or increased in quantity. In fact, it can't even be created, though it can be recognized. The existence of moral rights does not depend on their political recognition or enforcement, but rather on the moral question whether there is a decisive justification for including these forms of inviolability in the status of every member of the moral community.”).

⁴¹⁴ PEREIRA, op. cit., p. 10-11.

lei permitir a eliminação por ato de vontade, como nos casos de licença do uso de imagem, entre outros, fato que não o deturpa, representando uma faculdade do titular⁴¹⁵ e o exercício de sua liberdade.

Outras características, porém, são relevantes justamente quando se observa a particularidade em que se inserem estes direitos, uma vez ínsitos à pessoa em decorrência de sua estrutura física, mental e moral⁴¹⁶ e “possuírem, como objeto, os bens mais elevados da pessoa humana”⁴¹⁷. São eles – além de intransmissíveis, irrenunciáveis e inatos –, direitos absolutos, extrapatrimoniais, imprescritíveis⁴¹⁸, impenhoráveis, vitalícios, oponíveis *erga omnes*, além de prevalecerem sobre outros direitos subjetivos privados, uma vez que são essenciais à condição de ser humano⁴¹⁹.

Os direitos da personalidade reconhecidos no ordenamento jurídico nacional versam essencialmente sobre a vida, a integridade física e moral, o direito de autor, a intimidade, a privacidade, a liberdade física e de pensamento, a honra e a imagem. Esses direitos são divididos por Bittar abordando a natureza dos bens integrantes, fragmentando-os, assim, entre direitos físicos, psíquicos e morais⁴²⁰.

Enquanto reconhecidos amplamente pelo ordenamento jurídico, ampliando sua oponibilidade e garantindo seu desenvolvimento teórico e jurisprudencial, marcando sua importância dentro do sistema de leis que regem a comunidade, os direitos da personalidade, quando insculpidos no Código de Defesa do Consumidor, “denotam a sobreposição dos interesses existenciais sobre os interesses patrimoniais em uma relação de consumo”⁴²¹.

Assim, o reconhecimento do direito à vida, à saúde e à segurança como direitos básicos do consumidor (art. 6º, I, do CDC) permite mencionar a existência de direitos da personalidade do consumidor, resguardando a relevância da incidência do princípio da dignidade humana frente à abertura dos direitos da personalidade para o progresso científico e mutações das relações consumeristas e marcando o ordenamento protetivo do consumidor como afeito aos interesses existenciais deste.

⁴¹⁵ BITTAR, op. cit., p. 35.

⁴¹⁶ Idem, p.35.

⁴¹⁷ Idem, p. 43.

⁴¹⁸ Sobre a imprescritibilidade dos direitos da personalidade e como essa característica não se efetiva no desenho do ordenamento jurídico, MORATO, op. cit., p. 142: “se fossem seguidos os ensinamentos dos doutrinadores quanto à imprescritibilidade, a violação – por exemplo – do direito à honra, possibilitaria que, a qualquer tempo, fosse exercida a pretensão que visa o ressarcimento do dano, o que já não ocorria no Código Civil anterior (com prazo de vinte anos para o exercício da pretensão) e, menos ainda, no Código Civil em vigor (no qual houve drástica redução do prazo para três anos).”

⁴¹⁹ BOLSON, op. cit., p. 133.

⁴²⁰ BITTAR, op. cit., p. 115.

⁴²¹ BOLSON, op. cit., p. 141.

O reconhecimento e tutela dos direitos da personalidade pela lei fundamental, por sua vez, demonstra como ela restringe a autonomia do direito privado dentro da estrutura do ordenamento jurídico. Enquanto, por um lado, os direitos da personalidade são absolutos e oponíveis *erga omnes*, é flagrante que a soberania popular também insere-se no reconhecimento dos direitos fundamentais. Por essa razão Fachin mencionará que

a autonomia privada mantém relação com a soberania popular, e simultaneamente, significa uma relação de complementação recíproca, pois o direito à autodeterminação também constitui direito humano. A eficácia externa imediata da lei fundamental significa que a dignidade humana deve ser respeitada não somente por medidas do estado, mas também por ações dos sujeitos privados, com relação à integridade física e ao núcleo absoluto da personalidade.⁴²²

A maior contribuição da Constituição Federal de 1988 aos direitos da personalidade não se encontra no seu reconhecimento extenso dentro dos direitos fundamentais assegurados no art. 5º da mesma, mas na posição que ocupa como fundamento de um ordenamento jurídico que terá na dignidade humana sua expressão maior de valor primordial e indispensável. Neste novo Direito Civil, agora conectado de forma simpática ao Direito Constitucional,

além da estrutura centrada em princípios e cláusulas abertas, os direitos da personalidade estão balizados não somente por um franco, explícito e declarado rol não taxativo de direitos reconhecidos pelo traçado que lhes foi conferido pelo projeto do Código Civil de Miguel Real, mas também por uma fundamentação que decorre da Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, III: “a dignidade da pessoa humana”. Este princípio serve, nesse sentido, como *bússola* do sistema jurídico como um todo, e, nestes termos, serve de fundamento a unificar o tratamento da matéria, não importando a perspectiva na qual se abordem esses direitos, e muito menos a ramificação do direito à qual se esteja a reportar.⁴²³

De fundamento do ordenamento jurídico insculpido no art. 1º, III da CF/1988, até a efetiva atuação como bússola do sistema jurídico, como um todo, e atuação nos direitos da personalidade, especificamente, a dignidade humana precisa superar o exercício intelectual que a coloca como conceito transcendental para finalmente permear a atuação jurisprudencial ao lado de uma construção teórica que contemple o franco processo de desenvolvimento social e tecnológico. Seu reconhecimento, porém, esboça uma incidência de valores e princípios

⁴²² FACHIN, op. cit., p. 64.

⁴²³ BITTAR, op. cit., p. 36, grifo do autor.

constitucionais no Direito Civil que “reflete a preocupação em edificar uma ordem jurídica voltada aos demandantes problemas e desafios da sociedade contemporânea”⁴²⁴.

A dignidade é qualidade imutável e perene (ou perpétua), essencial (ou inerente) à vida humana. Ela não pode ser acrescentada, ou diminuída, mas pode certamente ser violada⁴²⁵. Em oposição a este conceito ontológico, cuja premissa reconhece uma igual dignidade a todo ser humano, a vida em sociedade atribui uma concepção intersubjetiva da dignidade na qual todos passam a ser credores e devedores de uma igual proteção perante o Estado através do exercício recíproco do direito à dignidade⁴²⁶, e só a tutela intervencionista do Estado pode garantir essa igual proteção, ou seja,

para realizar a igualdade (como ideal do justo), o direito privado necessitava de um pouco do *imperium* ou da intervenção do Estado, típica do direito público, da hierarquia de suas normas (ordem pública) e da força regularizadora dos direitos humanos. Daí por que me parece importante inverter a ordem dos fatores fundantes deste novo direito privado constitucionalizado e inicialmente destacar o *fator igualdade*, e não o fator liberdade.⁴²⁷

Esse caminho, de uma concepção universal da dignidade humana, até seu reconhecimento numa relação entre dois indivíduos ou entre um indivíduo e o Estado, fornece substrato à delimitação da dignidade humana na materialização de direitos que permitam evitar a redução ou descaracterização do ser humano – de sujeito de direitos a mero objeto. Essa materialização é necessária também porque, como se verá, o sujeito não encontra-se solado, mas sim contextualizado à vida social.

Quando se observa o rol de direitos sociais elencados no artigo 6º da CF/1988, é fácil pincelar alguns direitos sem os quais não se tem uma vida digna e que, portanto, materializam um mínimo existencial: entre educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados, percebe-se que todos são importantes para delimitação de uma vida digna, mas ao mesmo tempo também é possível enumerar os direitos à saúde, moradia e alimentação como aqueles sem os quais não há qualidade intrínseca que reconheça o ser humano com sujeito de direitos e não objeto. Outros autores mencionarão o direito à educação, à assistência aos desempregados, o acesso à justiça, a liberdade de crença, etc.

⁴²⁴ FACHIN, op. cit., p. 62.

⁴²⁵ RIBEIRO, Wesley Carlos. As modernas relações entre direito civil e direito constitucional: a tutela da pessoa em foco. *Pensar*, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 859-886 (864), set./dez. 2014.

⁴²⁶ RIBEIRO, op. cit., p. 865.

⁴²⁷ MARQUES; MIRAGEM, op. cit., p. 129-130, grifos dos autores.

Esse exercício é mais difícil dentro dos direitos da personalidade. Realizar a materialização da dignidade humana nestes direitos e “pincelar” aqueles essenciais não é possível quando todos são essenciais ao livre e digno desenvolvimento da personalidade de um sujeito de direitos, mas o simples reconhecimento da necessária dignidade humana e sua garantia demonstra a ascensão de nova perspectiva jurídica privatista, um deslocamento do núcleo patrimonial em direção ao reconhecimento da personalidade, ou seja, uma repersonalização dos direitos privados estimulada pelo advento da Constituição Federal de 1988 e seu postulado fundamental⁴²⁸:

[...] o Código Civil promove a adequação axiológica e fática da Legislação dita privatista, por intermédio da utilização de preceitos que valorizam uma vida social não mais individualista, mas essencialmente personalista. Consagra o Código Civil a passagem do reconhecimento do ser humano como um “indivíduo isolado”, para uma “pessoa contextualizada”. Consagra, em suma, a constitucionalização e a repersonalização do chamado Direito Privado, quando favorece a concretização da Constituição Federal e, conseqüentemente, a reafirmação do conceito de “pessoa” como a pedra fundamental de todo o sistema jurídico civil.⁴²⁹

A repersonalização, como ensina Lôbo, repõe a pessoa humana no centro do direito civil, reencontrando a trajetória da emancipação humana⁴³⁰. A partir de então, passa-se a ser difícil conceber um interesse privado completamente autônomo, isolado do interesse público⁴³¹, razão pela qual pode-se falar no reconhecimento de um direito civil identificado como espécie de direito constitucional da pessoa, afetando não só a propriedade, família, a criação e a proteção da infância e juventude⁴³², como os desenvolvimento dos direitos da personalidade através de sua disciplina constitucional exaustiva que estimulará uma atuação judiciária afeita ao seu livre desenvolvimento – algo incapaz quando a própria liberdade violava a liberdade para desenvolver sua personalidade. Assim, Fachin demonstrará que

a liberdade individual relê autonomia com igualdade substancial; o reconhecimento da pessoa e direitos de personalidade recebe o influxo dos direitos fundamentais e forte reação do sujeito em face do Estado; à liberdade contratual começa a corresponder uma renovada comutatividade, com amplos espaços de limites, inclusive pela nova significação da *bona fides*; responsabilidade civil principia por se vestir de direito à reparação de danos,

⁴²⁸ Neste sentido, BITTAR, op. cit., p. 59: “a noção de dignidade da pessoa humana joga como um princípio a favor da reidentificação dos ramos do direito num grande sistema integrado de forças.”

⁴²⁹ MORAES, op. cit., p. 120.

⁴³⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. Revista de Informação Legislativa, Brasília. v. 36, n. 141, p. 99-109(103), jan./mar. 1999.

⁴³¹ FACHIN, op. cit., p. 62.

⁴³² MIRAGEM, op. cit., p. 46-48.

com foco na vítima e não mais apenas no nexo causal; propriedade e posse se distanciam sem ruptura; a formação do núcleo familiar desaprende os nós com os quais se atava a liberdade de autodeterminação da pessoa; a legitimidade da herança e direito de testar recebem tímidos prenúncios de vitalidade; e a concessão de personalidade jurídica aos entes coletivos se abre, progressivamente, para novas formações complexas que arrostam o nominalismo personificador.⁴³³

Até aqui indicou-se a importância que a positivação dos direitos da personalidade exerce no reconhecimento e proteção destes direitos, ao mesmo tempo que se aceitou que essa tipificação era impossível diante do pluralismo vivenciado atualmente e do dinamismo das relações cíveis que impõe o reconhecimento de novos direitos da personalidade bem como a reavaliação daqueles já reconhecidos. Ao identificar, agora, o influxo dos direitos fundamentais sobre os direitos da personalidade, o qual faz parte de um processo maior de constitucionalização do direito civil que eleva os princípios fundamentais de direito civil ao plano constitucional⁴³⁴, supera-se o debate sobre a tipicidade destes direitos pelo reconhecimento de uma cláusula geral de tutela do livre desenvolvimento da pessoa humana reconhecida através do princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF/1988): a pessoa agora passa a ser analisada em sua qualidade antes de sua quantidade⁴³⁵. Nas palavras de Holanda, “enaltecer o ser humano torna-se uma condição básica para se adequar o direito à realidade e aos fundamentos constitucionais.”⁴³⁶

Essa ascensão da ideia de uma cláusula geral de tutela é adequada não só ao mundo contemporâneo, marcadamente plural e arrojado, mas ao dinamismo que se reconhece ter a própria identidade:

Sendo “pessoa” um conceito descrito a partir das ideias de autonomia, intersubjetividade e individualidade, e sendo a identidade pessoal algo essencialmente dinâmico, dificilmente se poderia compatibilizar tal descrição com uma percepção estática acerca dos direitos de personalidade que articule a proteção à pessoa ou à personalidade a partir de paradigmas teórico-dogmáticos típicos de relações patrimoniais, como o direito de propriedade. Isso se revelaria insuficiente não apenas pelo aprisionamento em *fattispecies* fechadas – as quais traduzem a falsa ideia de que se poderia acomodar uma realidade multifacetada e complexa como a pessoa em um conjunto de enunciados independentes e não comunicáveis entre si –, mas, principalmente, porque pressupõe uma determinação prévia do que é objeto de tutela, bem como dos limites dessa tutela e de seus mecanismos.⁴³⁷

⁴³³ FACHIN, op. cit., p. 38-39.

⁴³⁴ LÔBO, op. cit., p. 100.

⁴³⁵ HOLANDA, op. cit., p. 40-41.

⁴³⁶ Idem, p. 40-41.

⁴³⁷ SILVA, Denis Franco. Livre uso do corpo e direitos de personalidade. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 19, n. 1, p. 56-70(60), jan./abr. 2014.

Assim, adequa-se uma ordem jurídica a uma identidade que só se materializa a partir de valores e perspectivas pessoais – discussão essencial na proteção de vulneráveis e minorias que muitas vezes têm sua identidade ameaçada pelos propósitos contrastantes de uma maioria, o que leva Silva a concluir que este reconhecimento está ligado diretamente à própria ideia de democracia.⁴³⁸

Essa “democratização” dos direitos da personalidade não passa livre de críticas, como as expostas por Ascensão, o qual denuncia certa “banalização” dos direitos da personalidade, à semelhança dos direitos fundamentais, uma diluição que o afasta da consagração nuclear do primado da pessoa e o aproxima de reivindicações de grupos de interesses, não atendendo ou até podendo ser contrários à dignidade da pessoa humana⁴³⁹ – perfazendo, assim, a “crise de identidade desta categoria”⁴⁴⁰.

5.2.1 A informação a favor da proteção da integridade física da mãe e do bebê

O direito à integridade física é reconhecido pela doutrina como direito da personalidade ao mesmo tempo que seu conteúdo é ignorado, dedicando aquela apenas a limitar o alcance deste direito, o dever positivo associado a este e sua interferência de terceiros.

Herring e Wall, visando explicar a estrutura jurídica do direito à integridade física, seu peso normativo e as ambiguidades associadas ao conceito, voltaram-se a esta definição, demonstrando a existência de um direito à integridade física associado à autonomia corporal, e a existência de outro não relacionado a esta autonomia⁴⁴¹, apesar de a jurisprudência americana habitualmente confundi-los. Grosso modo, pode-se afirmar que o direito à integridade física é o direito de não ter seu corpo suscetível a interferências sem seu consentimento.

Ganha relevância a definição dos contornos deste direito nessa era de repersonalização das relações civis uma vez que o reconhecimento, por parte da ordem jurídica, de que a identidade só se materializa a partir de valores e perspectivas pessoais, demanda que se reconheça e proteja a pluralidade de propriedades morais que constituem essa identidade, assim

⁴³⁸ SILVA, op. cit., p. 61-62.

⁴³⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade. *Revista de Mestrado em Direito*, Osasco, v. 6, n. 1, p. 145-168(150), 2006.

⁴⁴⁰ Idem, p. 156

⁴⁴¹ HERRING, Jonathan; WALL, Jesse. The nature and significance of the right to bodily integrity. *Cambridge Law Journal*. v. 76, n.3, p. 566-588(567), nov. 2017.

como requer que se observe que é o corpo o responsável por relacionar essa identidade plural com o mundo:

Podemos, portanto, construir uma concepção do direito à integridade corporal que não seja redutível ao princípio da autonomia. O direito dá a uma pessoa o uso e controle exclusivo de seu corpo com base no fato de que o corpo é a posição, o local ou o ponto focal de sua subjetividade (embora compreendido e constituído). É porque o corpo é onde nós vivenciamos estados de bem-estar, é a maneira pela qual nós nos desenvolvemos como humanos, é o meio através do qual nós interagimos com os outros, e é a maneira pela qual nós executamos nosso agir, que temos um direito tão amplo e abrangente sobre nossos próprios corpos.⁴⁴²

Neste modelo, os autores buscam formular um direito que proteja o ponto de integração entre subjetividade e mundo objetivo, procurando francamente elevar este direito à uma importância maior que a autonomia, uma vez que esta depende da subjetividade que só o corpo permite projetar no mundo.

O Código Civil de 2002 elenca a proteção à integridade física no seu art. 13, que proíbe a disposição do próprio corpo quando importar em diminuição de integridade física ou contrariar os bons costumes, salvo por exigência médica, sendo, portanto, assegurada sua disponibilidade em casos de transplantes ou recomendação médica. A vida, por outro lado, é indisponível e assegurada pelo art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988.

Ainda mais importante para a presente discussão, o art. 15 do Código Civil de 2002 estabelece que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”, ou seja, estabelece a necessidade de autorização para execução de intervenção de natureza médica, aproximando-se consideravelmente do conceito simplificado de incolumidade do corpo, o que inclui também a não violação da integridade psíquica.

No presente estudo, essa vedação importa considerar ilegal a submissão de intervenção cirúrgica de cesárea mediante constrangimento, uma vez que viola a autonomia da gestante e sua integridade física.

Por outro lado, quando em cheque a vida da paciente ou do bebê – cuja personalidade civil é presumida, conforme art. 2º do Código Civil de 2002 – é indubitosa a superação do

⁴⁴² “We can therefore construct a conception of the right to bodily integrity that is non-reducible to the principle of autonomy. The right gives a person exclusive use of, and control over, their body on the basis that the body is the site, location, or focal point of their subjectivity (however understood and constituted). It is because the body is where we experience states of well-being, it is the way in which we flourish as humans, it is the medium through which we interact with others,⁶⁶ and it is the way in which we execute our agency, that we have such a broad and all-encompassing right over our own bodies.” HERRING; WALL, op. cit., p. 577, tradução nossa.

direito à vida sobre a autonomia em sentido valorativo, impondo, inclusive, obrigações ao fornecedor de serviços de saúde.

A promoção do ideal do bebê perfeito e seus consequentes conflitos éticos reside na atuação dos médicos quando, dentro da prática clínica – sob a influência da evolução tecnológica e interpretativa dos exames por imagem da gestação –, ampliaram-se as expectativas sobre a capacidade de se controlar a biologia da reprodução humana⁴⁴³.

Não se procura atribuir ao obstetra a culpa exclusiva pela crença social na tecnologia médica. Contudo, inegável é que o olhar clínico, racionalizado e focado nos sinais negativos da doença⁴⁴⁴, encontrou nos recentes avanços da ultrassonografia e ressonância magnética – com suas imagens fetais coloridas em quatro dimensões e transmitidas em tempo real – um campo de diagnóstico e controle de anormalidades do feto enquanto, aos pais leigos, intensificados pela emoção e ligação proporcionada sem riscos pelas imagens, nutrem a expectativa de que a visão treinada do obstetra e a medicina são capazes de proporcionar um nascimento com perfeição⁴⁴⁵.

Neste sentido,

o movimento pelos direitos do consumidor encorajou os pacientes, especialmente as grávidas, a falarem por si mesmos. O discurso dos direitos dos pacientes pode ser mal utilizado, especialmente quando incentiva os pacientes a fazer exigências excessivas aos médicos, por exemplo, apresentando planos de parto detalhados e solicitando parto cesáreo na ausência de indicações fetais ou maternas. Às vezes, implícito nessas expressões dos direitos dos pacientes, está a crença de que os leigos podem estabelecer o padrão de cuidado para a prática clínica. O fracasso dos médicos em aderir consistentemente à disciplina do raciocínio baseado em evidências na prática obstétrica, ironicamente, apoiou essa crença. É um pequeno passo da crença de que leigos podem definir o padrão de cuidado para a crença de que os pacientes podem controlar a biologia reprodutiva humana, fazendo as demandas certas em seus obstetras.⁴⁴⁶

⁴⁴³ CHERVENAK; MCCULLOUGH; BRENT, op. cit., p.101e2.

⁴⁴⁴ Ver, por exemplo, FOUCAULT. *O nascimento da clínica* (prefácio e capítulo 1). Rio de Janeiro: Forense-universitária, 1977.

⁴⁴⁵ Assim, CHERVENAK; MCCULLOUGH; BRENT, op. cit., p. 101e2.

⁴⁴⁶ Idem, p. 101.e3. Tradução nossa de: “The consumer rights movement has appropriately encouraged patients, especially pregnant patients, to speak up for themselves. The discourse of patients’ rights can be misused, especially when it encourages patients to make excessive demands on physicians, eg, presenting detailed birth plans and requesting cesarean delivery in the absence of either fetal or maternal indications. Sometimes implicit in these expressions of patients’ rights is the belief that laypersons can set the standard of care for clinical practice. The failure of physicians to adhere consistently to the discipline of evidence-based reasoning in obstetric practice has, ironically, supported this belief. It is a small step from the belief that laypersons can set the standard of care to the belief that patients can control human reproductive biology by making the right demands on their obstetricians.”

Nesse cenário, onde a experiência afetiva de um casal ou de uma gestante impõe expectativas exageradas na experiência profissional do médico, se faz necessário formatar o processo de formação do consentimento informado no sentido de prevenir essa esperança descomedida sobre a habilidade de se controlar a biologia da reprodução humana. Pensando nisso, Chervenak, Mccullough e Brent formularam etapas de informações que devem ser fornecidas no sentido desarmar essas expectativas.

A primeira delas tem a finalidade de impedir que qualquer mulher comece sua gestação com a ideia de que algo ou alguém – seja a medicina, o obstetra ou o comportamento da gestante – possa garantir o nascimento de um bebê normal e consiste em educar as gestantes sobre as imperfeições naturais da reprodução humana e os limites da medicina na correção dessas irregularidades, como o aborto instantâneo, doenças genéticas, malformações congênitas, entre outros⁴⁴⁷.

A segunda informação foca no desestímulo à gravidez agendada, ressaltando as possíveis complicações dessa prática, como paralisia cerebral e displasia broncopulmonar⁴⁴⁸.

O terceiro bloco de informações visa alertar que, por mais que tenham evoluído as tecnologias de diagnóstico genético e por imagem, não é possível prever todas as possíveis doenças que acometem o feto, muito menos corrigi-las cirurgicamente, procedimento ainda em fase experimental e cercado de riscos de mortalidade e morbidade⁴⁴⁹.

Já a quarta etapa consiste na resolução das anteriores e na precaução sobre essa crença exagerada no poder da medicina e do médico, ou seja, expressa-se na ênfase de que, por mais que as gestantes depositem otimismo nos avanços da medicina, não devem acreditar que ela será capaz de solucionar todos os problemas e que certa porcentagem de defeitos continuarão ocorrendo no nascimento⁴⁵⁰.

A riqueza de detalhes dessa comunicação guiada pelos autores depende da capacidade da gestante em assimilar as informações bem como o número e tempo das consultas pré-natais que permitam o aconselhamento adequado.

Por outro lado, é inegável que a proposta apresentada disciplina a expectativa exagerada sobre a capacidade médica de solucionar esses problemas ao mesmo tempo que previne que a culpa, nos casos de malformações congênitas de origem desconhecida, seja inapropriadamente atribuída ao comportamento da gestante ou a cuidado médico.

⁴⁴⁷ CHERVENAK; MCCULLOUGH; BRENT, op. cit., p. 101.e3-e4.

⁴⁴⁸ Idem, p. 101.e4.

⁴⁴⁹ Idem, p. 101.e4.

⁴⁵⁰ Idem, p. 101.e5.

A mesma evolução tecnológica biomédica que justifica, em parte, a atipicidade dos direitos da personalidade e explica o dinamismo das relações sociais, aqui exige a proteção dos direitos da personalidade e a solução de conflitos entre eles. Os já conhecidos índices maiores de morbi-mortalidade materna e neonatal presentes nas cesarianas⁴⁵¹, bem como a disponibilidade cada vez maior de testes diagnósticos invasivos e arriscados demonstram como a questão da escolha da via de parto pode ser vista como um problema de direitos da personalidade.

Além da influência da evolução dos procedimentos diagnósticos, outra hipótese, muito mais remota, remete à possibilidade da mãe – seja porque não entendeu os riscos e benefícios, seja porque o medo e ansiedade da gestação não lhe permita balanceá-los – precisar de um reforço, durante o processo de consentimento informado, acerca dos riscos atinentes ao feto como paciente e as implicações éticas decorrentes dessa consideração.

As contribuições de Chervenak e McCullough acerca dessa hipótese carregam uma crítica à uma valoração exagerada da autonomia da paciente no processo de consentimento informado e na pouca importância dada à relação que decisões conflitantes entre gestante e obstetra acarretam na relação médico-paciente⁴⁵². Assim, focando estabelecer compromissos comuns entre médico e gestante, os autores julgam necessário a transmissão de duas informações: quando a gravidez vai a termo, após a 38ª semana de gestação, o feto também é um paciente, e deve-se entender as implicações éticas disso e que elas são variáveis e não se traduzem imediatamente em obrigações legais; ademais, é necessário informar à gestante que obrigações baseadas na beneficência podem impor limites éticos no exercício da sua autonomia⁴⁵³.

O modelo proposto por Chervenak, McCullough e Brent visam derrubar um muro de expectativas que a modernização da medicina provoca sobre seus próprios usuários e que tem consequências diretas na visão do parto e na adoção de medidas que nem sempre respeitam a sua própria integridade física ou do bebê.

Já o exemplo proposto por Chervenak e McCullough, busca desarmar o possível choque de direitos personalíssimos que uma escolha equivocada de conduta gestacional ou de

⁴⁵¹ MacDorman et al demonstraram que os índices de mortalidade entre recém-nascidos provenientes de cesarianas são 2 vezes e meia maior que entre aqueles nascidos de parto vaginal. MACDORMAN, Marian F. et al. Infant and neonatal mortality for primary cesarean and vaginal births to women with “no indicated risk,” United States, 1998–2001 birth cohorts. *Birth*, v. 33, n. 3, p. 175-182(175), set. 2006.

⁴⁵² CHERVENAK; MCCULLOUGH, 1990, op. cit., p. 303.

⁴⁵³ Idem, p. 303.

via de parto pode ocasionar, com consequências já bem delineadas pelos estudos acerca dos riscos em saúde.

A afeição à tecnologia, motor do desenvolvimento humano e impulsionador da pluralidade de direitos da personalidade, aparece aqui como ameaça à tutela dos direitos de personalidade de mãe e bebê. Suas consequências, porém, não são tão individualizadas, influenciando alocação de recursos em saúde, interesse público que inclusive tem ingerência nos direitos agora “repersonalizados” influenciados pelo solidarismo e pela centralização da dignidade humana no ordenamento e sua influência nos direitos de personalidade. Como menciona Perlingieri: “o interesse público e aquele privado e individual, assim como não podem estar fisiologicamente em conflito, devem estar presentes em toda atividade juridicamente relevante.”⁴⁵⁴

Como mencionado anteriormente, direitos não são autoevidentes, requerem argumentos, definições e ajustes precisos. Quando esses ajustes concretizam – como no caso da constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre os direitos da personalidade –, um *status* jurídico que insere seus tutelados numa comunidade moral onde vigora a projeção do direito constitucional no direito civil através dos valores dados aos princípios jurídicos, o respeito às normas inferiores à Constituição, antes examinado apenas sob o ponto de vista formal, passa a ser investigado segundo sua correspondência substancial a estes valores agora conformadores de todo o sistema jurídico⁴⁵⁵.

Nesse processo dinâmico, onde o código não nasce pronto, *mas se faz*, afrontam-se fronteiras e lacunas antes existentes⁴⁵⁶ para um direito da personalidade sustentado no princípio da dignidade humana e sua materialização em direitos fundamentais: os direitos humanos se traduzem em exigências de direitos fundamentais; os direitos fundamentais se traduzem em direitos da personalidade; os direitos da personalidade, por sua vez, integram o ordenamento jurídico e tornam-se suscetíveis das mais elevadas exigências, não apenas do seu reconhecimento⁴⁵⁷.

Mesmo que não seja possível teorizar a redução de direitos da personalidade a um mínimo existencial, como se assegura o estudo de direitos sociais e sua relação com a dignidade humana, a integração dos direitos da personalidade a um ordenamento jurídico e sua exigência cada vez mais elevada daqueles que integram a comunidade moral tutelada fornecerá,

⁴⁵⁴ PERLINGIERI, op. cit., p. 285.

⁴⁵⁵ Neste sentido, MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 233-258(234), jul./dez. 2006.

⁴⁵⁶ FACHIN, op. cit., p. 56.

⁴⁵⁷ Idem, p. 23.

futuramente, a materialização de um princípio da dignidade humana no tocante aos direitos da personalidade, em harmonia com uma sociedade e ciência em constante evolução.

Da mesma forma, a evolução das relações sociais caminha em paralelo com o desenvolvimento teórico e jurisprudencial do direito privado como um todo e, mais especificamente, com os direitos da personalidade.

Antes relacionados ao reconhecimento de direitos básicos naturais e, portanto, inatos ao homem, como a vida e a liberdade, hoje os direitos da personalidade integram discussões onde a não compreensão das dinâmicas entre biotecnologia, comunicação e mercado pode prejudicar sua teorização e alcance. Neste ponto, a compreensão de conceitos científicos é tão importante quanto captar a ingerência entre o princípio da dignidade humana, balizador de todo o sistema jurídico brasileiro, nessa heterogeneidade de direitos da personalidade decorrente do seu livre desenvolvimento.

A reordenação de um sistema jurídico essencialmente privatista, individualista e formal, para um sistema nucleado no princípio da dignidade humana e materializado em direitos fundamentais, pode estimular o livre desenvolvimento da personalidade, desde que alcance uma teoria jurídica não alienada e uma atuação jurisprudencial sensível à garantia desse livre desenvolvimento pessoal. A constitucionalização do direito civil, ao permitir o preenchimento de lacunas seguindo a axiologia dos direitos fundamentais realizadores da dignidade humana, será fenômeno de grande importância para garantir esse desenvolvimento.

No campo dos direitos da personalidade, o realinhamento do direito civil em conformidade com o princípio da dignidade humana, fenômeno reconhecido como constitucionalização do direito civil, colabora com a manutenção dessa igualdade substancial e garante que a liberdade não interfira no livre desenvolvimento da personalidade, ou seja, que a atuação judiciária permita a concretização de direitos da personalidade não taxados nas codificações e multifacetados justamente porque assim o permite a cláusula geral de proteção e o fundamento de uma vida digna, igual e livre.

5.3 Os mecanismos informacionais adotados pelas Resoluções Normativas n. 368 e n. 398

Mudanças na atenção ao parto se mostram necessárias para humanização deste serviço em prol do aperfeiçoamento dos resultados clínicos para mães e bebês. Sua adoção, como demonstrado, ainda que não tenha explicitamente o interesse de garantir a dignidade humana

do consumidor de planos de saúde e a tutela de seus direitos da personalidade, acabam por observar a ambos quando desenvolve, no campo prático e no campo teórico jurídico, o respeito ao direito à informação derivado da boa-fé objetiva que rege as relações de consumo a fim de proteger consumidoras e seus bebês de possíveis consequências negativas à integridade física pelo abuso de procedimento cirúrgico durante o nascimento desacompanhados de indicação médica.

Neste cenário, a propagação da informação acaba sendo a medida mais prática e barata a ser tomada dentro das disposições da sentença judicial já estudada que determinou a adoção de práticas neste sentido pela ANS.

É evidente que a reestruturação do sistema de apoio à gestação e ao parto terá significação muito maior na redução dos índices de morbimortalidade materno-infantil do que um diálogo médico/paciente que exalte a gestante a reconhecer as implicações éticas de estar gestando um bebê: ela conhece sua obrigação e é essa obrigação inclusive que aflora ansiedades e medos que prejudicam-na muitas vezes de ponderar seu próprio bem-estar.

Em outros casos, o contrário é válido: a disseminação de informações acerca dos benefícios e riscos das vias de parto, bem como dos direitos da consumidora e gestante, permitem empoderar essa mulheres a reconhecer e se informar sobre as melhores práticas de parto e suas opções como cliente, bem como compreender melhor suas expectativas acerca do nascimento antes de qualquer adoção de medidas baseadas em qualidade de atendimento *do parto em si*.

Apesar de não responder questões como “qual opção de parto quando as evidências não indicarem exclusivamente para uma via?”, durante toda essa explanação, o tema da informação figurou como fio condutor das soluções para conflitos éticos, de direitos e de garantias. Essas ferramentas – e, também, suas inconsistências – precisam agora ser recapituladas.

O papel da informação na administração do parto provou-se um objeto de pesquisa ainda incipiente, suas evidências são muito menores que as evidências científicas do risco da cesáreas, por exemplo. Por outro lado, aventou-se como ela constitui um instrumento de transformação da sociedade quando bem administrada, inclusive com reflexos históricos positivos no Brasil, como a campanha da vacinação contra a poliomielite.

No decorrer da pesquisa, alguns modelos surgiram com finalidades específicas para garantia de alguns direitos enquanto outros foram ventilados como solução de conflitos éticos potenciais.

O modelo de Chervenak e McCullough (página 58) contempla uma abordagem de ética preventiva voltada a evitar conflitos éticos entre obstetra e gestante. Esses conflitos estão diretamente relacionados à observação de dois princípios da ética biomédica: a autonomia e a beneficência⁴⁵⁸.

O modelo de Kukla et al (página 60), por sua vez, também volta-se a estes mesmos princípios e busca exaltar valores pessoais da paciente enquanto cuida de indicadores objetivos da escolha da via de parto (apresentação do feto, tamanho da cabeça, massa corporal, etc)⁴⁵⁹.

O modelo apresentado por Evans e McCormack (página 106) aproxima-se do contexto das medidas adotadas pela ANS, uma vez que contempla a adoção de estratégias de marketing social com a finalidade de alterar comportamentos referentes à saúde. Assim, suas sugestões não recaem na comunicação médico-gestante, mas Estado-gestante. O modelo dos autores foca no reforço de valores individuais e estímulo a uma atitude questionadora da gestante⁴⁶⁰.

O modelo de Chervenak, McCullough e Brent (página 126) visa desarmar expectativas com o desenvolvimento tecnológico de exames pré-natais e de parto através de avisos, na comunicação médico-paciente, que abordam a impossibilidade de se garantir com exatidão um bebê perfeito, o desestímulo à gestação agendada e a ressalva de que não existe diagnóstico pré-natal pra todas as enfermidades⁴⁶¹.

O outro modelo de Chervenak e McCullough (página 128), por fim, tem como objetivo desarmar possíveis colisões de direitos entre feto e gestante, principalmente no que diz respeito à integridade física, ressaltando que o feto também é paciente, e que isso tem implicações éticas, podendo, em alguns casos, ter implicações legais, além da comunicação de que, às vezes, obrigações com o princípio da beneficência podem impor limites éticos no exercício da autonomia⁴⁶².

As Resoluções Normativas n. 368 e n. 398 ascenderam cinco medidas de promoção do parto humanizado através da informação, duas delas são essencialmente técnicas: o partograma e o Cartão da Gestante. Outras três tem relação direta com a informação: o acesso aos percentuais de cesáreas de hospitais e obstetras, a Carta de Informação à Gestante e a Nota de Orientação à Gestante.

O partograma, definido pelo art. 8º da Resolução Normativa n. 368, configura um

⁴⁵⁸ CHERVENAK; MCCULLOUGH, 1990, op. cit., p. 303-304.

⁴⁵⁹ KUKLA et al., op cit., p. 6-7.

⁴⁶⁰ EVANS; MCCORMACK, op. cit., p. 787.

⁴⁶¹ CHERVENAK; MCCULLOUGH; BRENT, op. cit., p. 101.e3-e4.

⁴⁶² CHERVENAK; MCCULLOUGH, 1990, op. cit., p. 303.

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, [...] podendo ser utilizado qualquer modelo de partograma, desde que contenha os dados mínimos indicados pela OMS.⁴⁶³

Trata-se de documento técnico, voltado à anotação da evolução do parto numa ferramenta gráfica. Apesar de ser recomendado pela Organização Mundial da Saúde, fora recentemente questionado em estudo brasileiro que sugeriu se tratar de instrumento não apto a alertar sobre adversidades do parto⁴⁶⁴.

O Cartão da Gestante, por sua vez, previsto nos arts. 6º e 7º da mesma resolução, tem a finalidade de registrar as consultas pré-natais, servindo como instrumento para uma emergência médica ou pra troca de obstetra.

Já a Carta de Informação à Gestante, constitui um instrumento de comunicação que pertence ao Cartão da Gestante e contém diálogos de temas variados acerca dos direitos da consumidora gestante.

Informa, por exemplo, que a consumidora tem direito à acessar índices de cesáreas do médico e do hospital ou maternidade⁴⁶⁵, direito previsto na Resolução Normativa n. 368, presente nas recomendações de Chervenak e McCullough⁴⁶⁶ e na Lei Mexicana voltada à promoção do parto humanizado⁴⁶⁷.

Além disso, o Cartão da Gestante incentiva a paciente a esclarecer suas dúvidas com seu médico, procurando assim motivar um diálogo entre fornecedor e consumidora que é a base da formação de um consentimento informado⁴⁶⁸.

A informação mais detalhada da Carta está nas orientações acerca dos riscos da cirurgia cesárea anterior à 39ª semana de gestação, sugestão encontrada no modelo de Chervenak McCullough e Brent voltadas às gestantes que depositam muita fé na tecnologia e medicalização:

O final da gestação, entre a 37ª e a 42ª semana, também é fundamental para a completa formação do bebê dentro do útero, para que após o nascimento ele possa se adaptar ao mundo exterior, física e mentalmente com mais facilidade

⁴⁶³ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. 2015, op. cit.

⁴⁶⁴ Assim, SOUZA, J. P. et al. Cervical dilatation over time is a poor predictor of severe adverse birth outcomes: a diagnostic accuracy study. *BJOG*, v. 125, n. 8, p. 991-1000(991), abr. 2017.

⁴⁶⁵ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Carta de informação à gestante*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Plano_de_saude_e_Operadoras/Area_do_consumidor/parto/parto_carta.pdf> Acesso em: 06 jan. 2019.

⁴⁶⁶ CHERVENAK; MCCULLOUGH, 1990, op. cit., p. 303-304.

⁴⁶⁷ MÉXICO, op. cit.

⁴⁶⁸ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Carta de Informação à Gestante*, op. cit.

e tranquilidade. Muitos recém-nascidos acabam sofrendo de problemas respiratórios devido a cesáreas agendadas e realizadas antes do início do trabalho de parto, em uma fase em que o bebê ainda não está prono para nascer. Isto pode aumentar algumas complicações, tais como problemas respiratórios agudos e outras morbidades neonatais, quando comparados àqueles nascidos com 39 semanas ou mais. Em consequência, levar a necessidade de internação em uma UTI neonatal. Esta situação interfere no início do aleitamento materno e na adequada adaptação do recém-nascido à vida extrauterina, ocasionados pela interdição.

[...]

O parto cesáreo é procedimento cirúrgico que deve observar claras indicações médicas.⁴⁶⁹

Observa-se aqui a adoção de medida de comunicação de risco, com todas suas ponderações cabíveis, ou seja, aceita-se que ela pode promover interesses sanitários ao mesmo tempo que também se reconhece que sua dimensão técnica não considera a subjetividade das receptoras.

Por fim, comunica a Carta sobre o direito de ter um acompanhante, inclusive com alimentação e roupa apropriada⁴⁷⁰. O que sugere o uso da estratégia da comunicação de risco para promoção dos direitos do consumidor.

A Carta de Informação à Gestante, portanto, contempla a promoção do diálogo entre paciente e médico, a divulgação dos direitos de informação da consumidora gestante (índices de cesáreas) e de humanização do parto (acompanhante), enquanto ainda comunica o risco das cesarianas agendadas.

Outra medida de informação deriva da Resolução Normativa n. 398 e, desta vez, de caráter obrigatório: a Nota de Orientação à Gestante, assim regulada:

Art. 2º Os médicos deverão entregar às beneficiárias, em três consultas distintas, no curso do processo de acompanhamento da gestação, a Nota de Orientação à Gestante, prevista no Anexo desta RN.

Parágrafo único. A observância e fiscalização do procedimento de informação compulsória previsto no caput deverá ser realizada pelo Conselho Federal de Medicina.⁴⁷¹

Trata-se de instrumento focado unicamente ao esclarecimento dos riscos e dos benefícios da cesariana e do parto normal, como se observa no seu conteúdo:

O parto normal é o método natural de nascer durante o qual a mãe produz substâncias capazes de proteger o recém-nascido e favorecer a

⁴⁶⁹ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Carta de Informação à Gestante, op. cit.

⁴⁷⁰ Idem.

⁴⁷¹ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. 2016b, op. cit.

amamentação por isso é importante que a mulher entre em trabalho de parto. A sua recuperação é imediata, pois, após o nascimento a mãe poderá levantar-se e cuidar de seu filho. Contudo, algumas mulheres apresentam contraindicação para este tipo de parto devido a condições de saúde preexistentes ou por complicações durante o trabalho de parto havendo indicação para a realização da cirurgia. O parto normal pode também apresentar risco de lesão no períneo.

A cesariana, quando indicada por razões clínicas, é uma cirurgia segura e com baixa frequência de complicações graves. No entanto, quando realizada sem uma razão médica que a justifique, apresenta riscos de complicações cirúrgicas, como infecções e hemorragia que podem resultar em morte materna. Quanto ao recém-nascido, podem ocorrer lesões no momento da retirada do bebê ou outras complicações após o nascimento como infecções e pneumonias, riscos de prematuridade e internação em UTI, nos casos em que a cirurgia é feita antes de 39 semanas de gestação, além de aumentar em 120 vezes a chance do bebê apresentar dificuldade respiratória quando a cirurgia é feita entre 37 e 38 semanas. 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.

Persistindo dúvidas não hesite em voltar a discutir com seu médico sobre riscos e benefícios que afetam a sua segurança e a do bebê.⁴⁷²

Da mesma forma que a Carta de Informação à gestante, a Nota de Orientação à Gestante também carrega tecnicismo de difícil compreensão, além de informações incompletas: fala do dano ao períneo mas não fala que isso acarreta incontinência urinária, nem a possibilidade de se exercitar este músculo a fim de reduzir este risco de incontinência.

Pode-se sustentar que se trata de documento criado para reduzir os índices de cesáreas, não aumentá-las. Contudo, considerando que, em grande parte, estes documentos foram desenvolvidos sob a crença de que a epidemia de cesáreas era difundida, entre outros fatores, pela falha ou falta de comunicação efetiva dos obstetras acerca dos riscos reais do parto cesáreo, é pelo menos curioso que se formule política sustentada na omissão de riscos fundamentados em evidências.

Por outro lado, cumpre salientar que as recomendações frisam o mais importante dos direitos, a vida e o risco mais ponderado em todas as discussões até aqui: a morbimortalidade infanto-materna, medida indubitosa de urgência cuja importância ainda faz indagar porque não há outras recomendações na Carta, como aquelas referentes ao consumo de drogas e álcool (presente na lei Argentina, já elogiada neste trabalho).

A emergência da epidemia de cesáreas ganha contornos dignos de um estudo pormenorizado quando em voga a formulação de políticas públicas voltadas à regulação do mercado de planos privados de assistência à saúde no Brasil.

⁴⁷² AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Nota de orientação à gestante*. 2016. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Legislacao/rn/RN_398atualizado.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2018.

Enquanto sua especialidade e segmentação demanda o dever da Agência Nacional de Saúde em zelar pela qualidade do mercado que regula – e isso inclui os serviços de assistência privada ao pré-natal e parto inseridos nos planos de saúde –, a edição das resoluções normativas n. 368 e n. 398 só ocorreram mediante uma condenação judicial após ação promovida pelo Ministério Público Federal, provocado, por sua vez, pelo Movimento Parto do Princípio, focado nos direitos reprodutivos das mulheres.

Essa relação entre movimentos sociais judiciais e regulação econômica ilustra como os obstáculos ao processo de articulação de interesses sociais com finalidade decisória nas políticas públicas podem motivar soluções criativas e mais eficazes por parte dos movimentos sociais, afastando-se dos mecanismos habituais de audiências e consultas públicas, muitas vezes realizadas apenas para obedecer a lei.

Os resultados dessa relação mostram a adoção de sugestões encontradas em pesquisas científicas estrangeiras e sua adaptação positiva à realidade brasileira. Vide a não adoção de recomendações acerca da comunicação sobre exames pré-natais, problema comum à realidade americana, onde a interferência do marketing direto ao consumidor faz levantar este tipo de questionamento na relação médico-paciente, quando aqui no Brasil, pouco se fala neste assunto.

Por outro lado, os mecanismos escolhidos ainda carecem de evidências científicas que reforcem sua aplicabilidade e alcance na mudança de comportamento em saúde das gestantes brasileiras. Nesse cenário de inconsistência clínica e científica, pode ser que o mais adequado seja “desacelerar”, acompanhar as melhores evidências e estudos para formulação de comunicação adequada à essa finalidade. As consequências já detalhadas destes índices de cesáreas, pedem, justamente, o contrário e avalizam a atuação do Ministério Público Federal e de sua representação.

A sensibilidade do tema e da comunicação de risco, tão dependentes da obediência de protocolos éticos e investigação eficaz quanto à sua forma e meio, sugere que os referidos instrumentos informacionais sejam estudados com afincamento e multidisciplinaridade. A urgência e relevância do tema reforçam essa posição. Essas proposições, entretanto, limitam-se à constatação de que algumas informações presentes nos documentos em tela traduzem comunicação de risco em saúde. As informações acerca dos direitos da gestante, bem como aquelas voltadas ao seu empoderamento, são medidas importantes na promoção da autonomia e beneficência da gestante, bem como da qualidade da atenção ao parto, devendo a ANS buscar formas alternativas de promoção das mesmas.

A edição de Resoluções Normativas por parte do ente regulador do mercado de saúde suplementar ilustra como a diversidade de direitos da personalidade infla a sua oponibilidade

ao mesmo tempo que reconhece a influência do desenvolvimento científico sobre esses direitos e sensibiliza a regulação econômica aos direitos da personalidade dos seus usuários, ainda que fruto de medida coercitiva judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crescimento dos índices de cesáreas é tema de relevante importância e consequências.

Questão de saúde pública comum à maioria dos países, afeta a saúde de mães e bebês, assim como a alocação de recursos.

A prevalência deste procedimento no mercado de planos privados de assistência à saúde no Brasil indica sua caracterização como bem de consumo e suas relações com a prática médica requerem que ações especialmente focadas nesse vínculo sejam tomadas com urgência e com a devida seriedade.

Nesta relação, a proteção da autonomia da gestante na escolha da via de parto aponta para camuflagem de práticas que abusam do abismo técnico entre médicos e pacientes, com consequências diretas para saúde e vida de mães e bebês.

O respeito a este princípio necessita da construção de uma relação de respeito onde florescem as opiniões e narrativas das pacientes ao mesmo tempo que ajuda a compreender riscos e benefícios. A informação, então, exerce papel fundamental na formulação de um consentimento devidamente informado e desloca-se nessa discussão para a consecução do direito acessório da boa-fé objetiva nas relações de consumo, primado este que conecta o consumidor à proteção de sua dignidade. Esta é a característica da epidemia de cesáreas: complexidade ética e atualidade.

Na observação dos princípios da ética biomédica da autonomia e da beneficência, riscos e preferências são avaliados por cada gestante de forma diferente, recebem o influxo de preferências, expectativas, medos, ansiedades, planejamentos familiares, etc. Neste contexto, a observação às obrigações derivadas do respeito pela autonomia na escolha da via de parto encontra no pluralismo vigente e nas mudanças do mercado de consumo de serviços de saúde um desafio à contemplação da capacidade e perspectiva da paciente com consequências marcantes à proteção de sua integridade física e vida, assim como do bebê.

Este, por sinal, é o mais importante aspecto da proteção da escolha da via de parto, a proteção de um bem maior: a vida. A prevalência de riscos nas cesarianas coloca os direitos da personalidade e seus desdobramentos no centro dessa discussão.

O livre desdobramento da personalidade e da dignidade humana não ocorre sem a incolumidade do corpo. A evolução social e tecnológica, por outro lado, exige do Estado regulamentação e tutela uma vez que reforçam a necessidade de compreender e reconhecer as novas ameaças aos direitos da personalidade, um desafio para o ordenamento e sua aplicação.

A escolha da via de parto e diagnósticos pré-natais é um exemplo dessas alterações. Congrega mudanças nas relações mercantis de fornecimento de serviços de saúde, alterações sociais no relacionamento entre médico/paciente, principalmente diante da intimidade e pessoalidade que se alcança na categoria privada desse serviço.

Ao mesmo tempo, evoluem formas de diagnóstico e medicamentos diretamente relacionados com a contemplação do ser humano pela tecnologia e desenvolvimento, mascarando possíveis malefícios que estes podem acarretar à mãe e ao bebê, ferindo o direito à integridade física e à vida deles.

Neste caso, a informação surge como instrumento apaziguador e libertador. Informar a gestante sobre os dilemas éticos e riscos inerentes a uma via de parto acaba por permitir que medicina, biotecnologia e autonomia do paciente confluem na observação aos direitos da personalidade. Orienta, assim, o reconhecimento da dignidade humana na relação entre médico e paciente, materializando o direito do bebê e da gestante diante de ameaças de redução ou descaracterização do ser humano.

A manutenção de elevados índices de cesáreas no mercado de planos privados de assistência à saúde, por sua vez, traz para a discussão o respeito ao acesso à informação pelos consumidores. Aqui, índices de cesáreas de hospitais, operadoras e obstetras conferem informação de qualidade e de risco, cuja comunicação passa pelo respeito ao dever acessório de esclarecimento, derivado da boa-fé.

Não só entre consumidor e fornecedor que esse dever precisa ser observado. A obediência aos mandamentos constitucionais acerca da saúde, o primado da informação como fundamento da Política Nacional de Saúde e o próprio dever legal competido à ANS pela sua lei criadora para contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no Brasil apontam para a obrigação dessa agência regulatória em atentar para o papel da informação na manutenção de um mercado de planos de saúde que atenda à qualidade de ações de saúde que dizem respeito à assistência ao pré-natal e parto.

Ao mesmo tempo, mudanças de comportamento e de perspectivas consumeristas acerca dos serviços médicos e seu enquadramento como bem de consumo, bem como o direcionamento da visão médica para esta relação de consumo antes de cura, exigem papel ativo do Estado na formulação de políticas públicas voltadas a mudanças comportamentais de médicos e gestantes a fim de sustentar um atendimento digno e respeitoso e, claro, esclarecido a essas mulheres.

Por outro lado, a complexidade e contemporaneidade de ações de comunicação de risco demonstram como essas políticas devem ser bem estudadas e formuladas de forma sensível às

ansiedades e medos das gestantes, podendo, caso contrário, prejudicar sua escolha autônoma e esclarecida antes de ajudar a formar consumidoras conscientes de riscos e benefícios.

Apesar de todas essas colocações legais e práticas, o estudo das ações da ANS voltadas à redução dos índices de cesáreas no Brasil demonstra que a ação não partiu dessas observações pelo ente regulador, mas da atuação de um movimento de luta pelos direitos reprodutivos da mulher na formulação de política de acesso à informação e humanização do parto no mercado de planos privados de assistência à saúde.

Essas colocações marcam uma forma de relação entre sociedade e Estado que não é inédita mas pode nunca ter visto resultados tão expressivos. Esses resultados, porém, não são imunes a críticas. Restou demonstrado como o poder coercitivo do judiciário pode exigir uma política de comunicação de risco ainda pouco pesquisada empiricamente ou embasada por estudos acerca do comportamento (e sua mudança) de consumidoras de serviços médicos.

A hipótese aventada fora de que as medidas adotadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar na edição das resoluções normativas n. 368 e n. 398, a partir de 2015, não são suficientes para proporcionar a redução dos índices de cesáreas uma vez que constituem medidas insuficientes para corrigir a assimetria de informação das consumidoras gestantes a respeito dessa modalidade de parto.

A análise dos instrumentos informacionais adotados pelo ente regulador demonstrou semelhanças entre as informações da Carta de Informação à Gestante e da Nota de Orientação à Gestante e sugestões fornecidas por pesquisadores que há anos investigam o papel da informação no parto e sua relação com princípios de ética biomédica. Ao mesmo tempo, demonstrou como outras informações podem reduzir o abismo técnico entre gestante e médico e podem estimular uma atitude positiva acerca da exposição de valores e perspectivas pessoais durante o pré-natal. A variedade de sugestões e modelos de informação acerca da escolha do parto precisam ser objeto de estudo daqueles que investigam a comunicação de risco e marketing social em saúde, assim como dos formuladores de políticas públicas neste sentido.

A iniciativa da ANS, mesmo que provocada por ação judicial, é bem vinda como instrumento que inicia o debate e as preocupações acerca deste tema e dos riscos da cesariana a pedido – e em especial, aquelas antecipadas por requisição da gestante – entre as consumidoras de serviços privados de saúde.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Carta de informação à gestante*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Plano_de_saude_e_Operadoras/Area_do_consumidor/parto/parto_carta.pdf> Acesso em: 06 jan. 2019.

_____. *Nota de orientação à gestante*. 2016a. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Legislacao/rn/RN_398atualizado.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2018.

_____. *Nota técnica nº 703/2014*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Participacao_da_sociedade/consultas_publicas/cp5556/nota703.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2016.

_____. *Parto é Normal*. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/parto-e-normal>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

_____. *Resolução Normativa n. 368, de 6 de janeiro de 2015*. 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. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=Mjg5Mg==>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. *Resolução Normativa n. 398, de 5 de fev. de 2016*. 2016b. Dispõe sobre a Obrigatoriedade de Credenciamento de Enfermeiros Obstétricos e Obstetrizes por Operadoras de Planos Privados de Assistência à Saúde e Hospitais que Constituem suas Redes e sobre a Obrigatoriedade de os Médicos Entregarem a Nota de Orientação à Gestante. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzE5Mw==>>. Acesso em: 05 jul 2018.

ALEKSANDROWICZ, Ana Maria C; MINAYO, Maria Cecília de Souza. Humanismo, liberdade e necessidade: compreensão dos hiatos cognitivos entre ciências da natureza e ética. *Ciência e Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 513-526, 2005.

ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. Direito sociais, organização de interesses e corporativismo no Brasil. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 25, p. 50-60, 1989.

AMERICAN PREGNANCY ASSOCIATION. *Cephalopelvic Disproportion (CPD)*. Disponível em: <<http://americanpregnancy.org/labor-and-birth/cephalopelvic-disproportion/>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

ANDERSON, Geoffrey M. Making sense of rising caesarean section rates: time to change our goals. *BMJ*, v. 329, p. 696-697, set. 2004.

ANNAS, George J. Protecting the liberty of pregnant patients. *The New England Journal of Medicine*, n. 316, p. 1213-1214, mai. 1987, Editorial.

ARGENTINA. *Ley n. 25.929, de 17 de setembro de 2004*. Establécese que las obras sociales regidas por leyes nacionales y las entidades de medicina prepaga deberán brindar obligatoriamente determinadas prestaciones relacionadas con el embarazo, el trabajo de parto, el parto y el postparto, incorporándose las mismas al Programa Médico Obligatorio. Derechos de los padres y de la persona recién nacida. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/95000-99999/98805/norma.htm>>. Acesso em: 22 dez. 2018.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade. *Revista de Mestrado em Direito*, Osasco, v. 6, n. 1, p. 145-168, 2006.

ASENSI, Felipe Dutra. A participação da sociedade civil nas decisões das agências reguladoras: mitos e desafios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 250, 2009. p. 75-101, jan./abr.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Lei n. 15.759, de 25 de março de 2015*. Assegura o direito ao parto humanizado nos estabelecimentos públicos de saúde do Estado e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2015/lei-15759-25.03.2015.html>>. Acesso em: 21 dez. 2018.

AVRITZER, Leonardo. Um desenho institucional para o novo associativismo. *Lua Nova*, n. 39, p. 149-174, 1997.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 9, p. 3-24, jan./mar. 2002.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. Oxford: Oxford Scholarship, 2011.

BARBOSA, Fabiano Alpheu Barone; MADRID Daniela Martins; FREITAS, Paulo Henrique de Souza. A missão da Agência Nacional de Saúde Suplementar perante os segurados do sistema. In: COSTA, Ilton Garcia da; FREITAS, Paulo Henrique de Souza (Org.). *Agências reguladoras como fator de inclusão social*. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 121-137.

BARONGENO, Maria Cristina de Luca. *Direitos Humanos Sociais: necessidade de positivação das regras de interpretação?* 2009. 154 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BEAUCHAMP, Tom L. The ‘four principles’ approach to health care ethics. In: ASHCROFT, Richard E. et al (Ed.). *Principles of health care ethics*. 2. Ed. Chichester: John Wiley & Sons, 2007, p. 3-10.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. 2. Ed. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola Jesuítas, 2011.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução Sebastião Nascimento. 2. Ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BERGERON, Veronique. The ethics of cesarean section on maternal request: a feminist critique of The American College Of Obstetricians and Gynecologists’ position on patient-choice surgery, *Bioethics*, v. 21, n. 9, p. 478-487, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 3, p. 1-20, ago./out. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-3-agosto-2005-gustavo%20binenbojm.pdf>>, acesso em: 07 jul. 2017.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOLSON, Simone Hegele. Direitos da personalidade do consumidor e a cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista de direito do consumidor*, n. 52, p. 130-162, out./dez. 2004.

BORBA, Marina de Neiva; HOSSNE, Willian Saad. A natureza jurídica da saúde na América latina e caribe: um estudo constitucional comparado. *Revista de direito sanitário*, v. 11, n. 1, p. 26-46, mar./jun. 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 ago. 2018.

_____. *Decreto n. 3.327, de 5 de janeiro de 2000*. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3327.htm>. Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 5 ago. 2018.

_____. *Lei n. 11.108, de 7 de abril de 2005*. Altera a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm>. Acesso em: 20 dez. 2018.

_____. *Lei n. 11.634, de 27 de dezembro de 2007*. Dispõe sobre o direito da gestante ao conhecimento e a vinculação à maternidade onde receberá assistência no âmbito do Sistema

Único de Saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11634.htm>. Acesso em: 21 dez. 2018.

_____. *Lei n. 11.935, de 11 de maio de 2009*. Altera o art. 35-C da Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11935.htm>. Acesso em: 5 ago. 2018.

_____. *Lei n. 12.895, de 18 de dezembro de 2013*. Altera a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, obrigando os hospitais de todo o País a manter, em local visível de suas dependências, aviso informando sobre o direito da parturiente a acompanhante. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12895.htm#art1>. Acesso em: 20 dez. 2018.

_____. *Lei n. 3.268, de 30 de setembro de 1957*. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3268.htm>. Acesso em: 22 dez. 2018.

_____. *Lei n. 9.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 8 ago. 2018.

_____. *Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 05 ago, 2018.

_____. *Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998*. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656.htm. Acesso em: 05 ago. 2018.

_____. *Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 16 jun. 2017.

_____. *Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000*. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9961.htm>. Acesso em: 6 abr. 2017.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde. *Diretrizes nacionais de assistência ao parto normal*. 2017.

_____. *Portal brasileiro de dados Abertos*. Disponível em: <http://dados.gov.br/dataset/mspainelsage_70>. Acesso em: 6 jan. 2018.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro, 2. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CAPRARA, Andrea; RODRIGUES, Josiane. A relação assimétrica médico-paciente: repensando o vínculo terapêutico. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 9, n. 1, p. 139-146, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sergio. A responsabilidade médica e o dever de informar. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 28, p. 81-87, 2004.

_____. *Programa de responsabilidade civil*. 11. Ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

CECÍLIA, Silvana Louzada Lamattina. A dignidade da pessoa humana como objeto de responsabilidade civil. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz (Coord.). *Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade*. Porto Alegre: Magister, 2007, p. 387-406.

CHERVENAK, Frank A.; MCCULLOUGH, Laurence B. An ethical framework for the informed consent process for trial of labor after cesarean delivery. *Clinics in Perinatology*, v. 38, p. 227-231, jun. 2011.

_____. Clinical guides to preventing ethical conflicts between pregnant women and their physicians. *American Journal of Obstetrics and Gynecology*, Filadélfia, v. 162, n. 2, p. 303-307, fev. 1990.

_____. Preventive ethics for cesarean delivery: the time has come. *American Journal of Obstetrics & Gynecology*, Filadélfia, vol. 209, p. 166-167 set. 2013. Editorial.

CHERVENAK, Frank A.; MCCULLOUGH, Laurence B.; BRENT, Robert L. The perils of the imperfect expectation of the perfect baby. *American Journal of Obstetrics & Gynecology*, Filadélfia, vol. 203, p. 101.e1-e5, ago. 2010.

COHN, Amélia. Estado e sociedade e as reconfigurações do direito à saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 9-18, 2003.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n. 1.931*, de 17 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2018).

_____. *Resolução n. 2.144*, de 17 de março de 2016. É ético o médico atender à vontade da gestante de realizar parto cesariano, garantida a autonomia do médico, da paciente e a segurança do binômio materno fetal. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2016/2144_2016.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2018.

_____. *Resolução n. 2.217*, de 1 de novembro de 2018. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: <https://www.anamt.org.br/portal/wp-content/uploads/2018/11/resolucao_cfm_n_22172018.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2018.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1953.

CULLITY, Garret. Beneficence. In: ASHCROFT, Richard E. et al (Ed.). *Principles of health care ethics*. 2. Ed. Chichester: John Wiley & Sons, 2007, p. 19-26.

DECLERCQ, Eugene; MENACKER, Fay, MACDORMAN, Marian. Maternal risk profiles and the primary cesarean rate in the United States, 1991–2002. *American Journal of Public Health*, Washington, v. 96, n. 5, p. 867-872, mai. 2006.

DIAS, Marcos Augusto Bastos. Trajetória das mulheres na definição pelo parto cesáreo: estudo de caso em duas unidades do sistema de saúde suplementar do estado do Rio de Janeiro. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 5, p. 1521-1534, 2008.

DINIZ, Carmen Simone Grilo. et al. Implementação da Presença de acompanhantes durante a internação para o parto: dados da pesquisa nacional Nascer no Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, n. 30. p. S140-S153, mai. 2014. Suplemento 1.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. O estado atual do biodireito. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DOMINGUES, Juliana. As agências reguladoras e desenvolvimento. In: BARRAL, W. *Direito e Desenvolvimento: Análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Editora Singular, 2005. p. 167-191.

DOMINGUES, Rosa Maria Soares Madeira. et al. Processo de decisão pelo tipo de parto no Brasil: da preferência inicial das mulheres à via de parto final. *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, n. 30. p. 101-116, mai. 2014. Suplemento 1.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ECKER, Jeffrey L. Once a pregnancy, always a cesarean? Rationale and feasibility of a randomized controlled trial. *American Journal of Obstetrics and Gynecology*, Filadélfia, v. 190, p. 314-318, fev. 2004.

EINARSDÓTTIR, Kristjana. et al. Increase in caesarean deliveries after the Australian private health insurance incentive policy reforms. *Plos One*, São Francisco, v. 7, n. 7, 1-5, jul. 2012.

Open access. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3402394/>>. Acesso em: 16 dez. 2018.

ESTADO DO MATO GROSSO. *Lei n. 10.767, de 17 de janeiro de 2018*. Torna obrigatório que todos os hospitais e maternidades do Estado de Mato Grosso, públicos e privados, tenham sala adequada para a realização de parto natural ou humanizado. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=355694>>. Acesso em: 22 de dez. 2018.

EVANS, John H. *The history and future of bioethics: a sociological view*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2012.

EVANS, W. Douglas; MCCORMACK, Lauren. Applying social marketing in health care: communicating evidence to change consumer behavior. *Medical Decision Making*, v. 28, n. 5, p. 781-792, set./out. 2008.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACCHINI NETO, Eugênio; EICK, Luciana Gemelli. Responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informação, à luz do princípio da boa-fé objetiva. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 42, n. 138, p. 51-86, jun. 2015.

FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. *A history and theory of informed consent*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1986.

FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. *Os princípios gerais do Direito e os standards jurídicos no Código Civil*. 2007. 317 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

FRANÇA, Elisabeth; LANSKY, Sônia. Mortalidade infantil neonatal no Brasil: situação, tendências e perspectivas. In: Rede Interagencial de Informações para Saúde (org.). *Demografia e saúde: contribuição para análise de situação e tendências*. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, p. 83-112, 2009.

FOUCAULT, Michael. *O nascimento da clínica*. Rio de Janeiro: Forense-universitária, 1977.

GAMA, Silvana Granado Nogueira da. et al. Fatores associados à cesariana entre primíparas adolescentes no Brasil, 2011-2012. *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 30, p. S117-S127, 2014. Suplemento 1.

GAMBLE, Jenny A.; CREEDY, Debra K. Women's request for a cesarean section: a critique of the literature. *Birth*, v. 27, n. 4, p. 256-263, dez. 2000.

GEBELE, Christoph. et al. Applying the concept of consumer confusion to healthcare: development and validation of a patient confusion model. *Health Services Management Research*, v. 27, n. 1-2, p. 10-21, 2014.

GERMANY. Federal Ministry of Justice. *German Civil Code – BGB*. Disponível em: <<http://www.fds.univie.ac.at/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>>. Acesso em: 22 dez 2018.

GHOTBI, Fatemeh. et al. Women's knowledge and attitude towards mode of delivery and frequency of cesarean section on mother's request in six public and private hospitals in Tehran, Iran, 2012. *Journal of Obstetrics and Gynaecology Research*, v. 40, n. 5, p. 1257–1266, mai. 2014.

GOMES, Talita Rodrigues; DELDUQUE, Maria Célia. O erro médico sob o olhar do judiciário: uma investigação no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Cadernos Ibero-americanos de direito sanitário*, v. 6, n. 1, p. 72-85, jan./mar. 2017.

GONEN, R; TAMIR, A; DEGANI, S. Obstetricians' opinions regarding patient choice in cesarean delivery. *Obstetrics & Gynecology*, v. 99, n. 4, p. 577-580, abr. 2002.

GRACIA, Diego. The foundation of medical ethics in the democratic evolution of modern society. In: VIAFORA, Corrado (Ed.). *Clinical bioethics: a search for the foundations*, Dordrecht: Springer, 2005, p. 33-40. (International library of ethics, law, and the new medicine, 26).

GREGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* Tradução Karina Jannini. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HANCOCK, John. *A declaração de independência dos Estados Unidos da América*. Disponível em: <http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/DECLARA%C3%87%C3%83O%20DE%20INDEPENDENCIA%20DOS%20EUA%20-04%20de%20julho%20de%201776%20-%20PORTUGU%C3%8AS.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2018

HANNAH, Mary E. Planned elective cesarean section: A reasonable choice for some women? *CMAJ: Canadian Medical Association Journal*, v. 170, n. 5, p. 813-814, mar. 2004.

HAVE, Henk Ten. ‘A helping and caring profession’: medicine as normative practice. In: VIAFORA, Corrado. (Ed.). *Clinical bioethics: a search for the foundations*, Dordrecht: Springer, 2005, p. 75-97. (International library of ethics, law, and the new medicine, 26).

HEINZMANN, Clara; FACHIN, Zulmar. Os direitos da personalidade como direitos subjetivos públicos. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, Maringá, v. 10, n. 1, p. 217-234, jan./jun. 2010.

HERRING, Jonathan; WALL, Jesse. The nature and significance of the right to bodily integrity. *Cambridge Law Journal*. v. 76, n.3, p. 566-588, nov. 2017.

HILLAN, Edith. Issues in the delivery of midwifery care. *Journal of Advanced Nursing*, Hoboken, n. 17, p. 274-278, 1992.

HOLANDA, Danielle Spencer. A repercussão da constitucionalização sobre os direitos da personalidade: em busca da dignidade da pessoa humana. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, Franca, v. 12, n. 2, p. 37-64, dez. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *SIDRA*: sistema IBGE de recuperação automática. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/>. Acesso em: 30 ago. 2018.

INTERNATIONAL CESAREAN AWARENESS NETWORK. *About ICAN*. Disponível em: <<http://www.ican-online.org/about-ican/>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

JUSTIÇA FEDERAL. *Sentença da Ação n. 0017488-30.2010.4.03.6100*, em trâmite na 24ª Vara Cível da Justiça Federal – Seção judiciária do Estado de São Paulo, j. 30 nov. 2015.

KALISH, Robin B.; MCCULLOUGH, Laurence B; CHERVENAK, Frank A. Decision-making about caesarean delivery. *The Lancet*, Nova Iorque, v. 367, 883-884, mar. 2006.

KINGDON, Carol. et al. Choice and birth method: mixed-method study of caesarean delivery for maternal request. *BJOG: An International Journal of Obstetrics and Gynaecology*, v. 116, p. 886-895, mai. 2009.

KOECHE, Luciane Gabriela. et al. Prevalência de erro médico entre as especialidades médicas nos processos julgados pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina. *Arquivos Catarinense de Medicina*. v. 42, n. 4, p. 45-53, jul./set. 2013.

KUKLA, Rebecca. et al. Finding autonomy in birth. *Bioethics*, Oxford, v. 23, n. 1, p. 1–8, 2009.

LAND, Russel. et al. Personal preferences of obstetricians towards childbirth. *The Australian and New Zealand Journal of Obstetrics and Gynaecology*, v. 41, n. 3, p. 249-252, ago. 2001.

LANSKY, Sônia. et al. Pesquisa Nascer no Brasil: perfil da mortalidade neonatal e avaliação da assistência à gestante e ao recém-nascido. *Caderno de Saúde pública*, Rio de Janeiro, n. 30. p. 192-207, mai. 2014. Suplemento 1.

LAUER, Jeremy A. et al. *Determinants of caesarean section rates in developed countries: supply, demand and opportunities for control*. Genebra, 2010. (World Health Organization world health report background paper, n. 29). Disponível em: <<http://www.who.int/healthsystems/topics/financing/healthreport/29DeterminantsC-section.pdf>>. Acesso em: 26 mai. 2017.

LITORP, Helena. et al. ‘What about the mother?’: women's and caregivers' perspectives on caesarean birth in a low-resource setting with rising caesarean section rates. *Midwifery*, n. 31,

p. 713-720, 2015. Open access. Disponível em: <<https://www.midwiferyjournal.com/>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília. v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

LOUREIRO, Cláudia Regina Magalhães. *Introdução ao biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 827, p. 11-48, set. 2004.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Direitos humanos fundamentais e relações jurídicas contratuais. *Revista de direito do consumidor*, n. 58, p. 55-74, abr./jun. 2006.

MCCULLOUGH, Laurence B.; COVERDALE, John H.; CHERVENAK, Frank A. Ethical challenges of decision making with pregnant patients who have schizophrenia. *American Journal of Obstetrics and Gynecology*, v. 187, n. 3, p. 696-702, set. 2002.

MACDORMAN, Marian F. et al. Infant and neonatal mortality for primary cesarean and vaginal births to women with “no indicated risk”, United States, 1998–2001 birth cohorts. *Birth*, v. 33, n. 3, p. 175-182, set. 2006.

MASTRANGELO, Claudio. *Agências reguladoras e participação popular*. 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 182-230.

_____. A Formação do estado regulador. *Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo, n. 76, p. 139-156, nov. 2006.

MÉXICO. *Gaceta Parlamentaria*, Número 4484-V, martes 8 de marzo de 2016. Reforma los artículos 64 y 64 Bis 1 de la Ley General de Salud. Disponível em: <<http://gaceta.diputados.gob.mx/Black/Gaceta/Anteriores/63/2016/mar/20160308-V/Iniciativa-21.html>>. Acesso em: 22 dez. 2018.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Sistema de Informações sobre Nascidos Vivos (SINASC)*. Disponível em: <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/deftohtm.exe?sinasc/cnv/nvuf.def>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Petição Inicial da Ação Civil Pública n. 0017488-30.2010.4.03.6100*, em trâmite na 24ª Vara Cível da Justiça Federal – Seção judiciária do Estado de São Paulo.

MINKOFF, Howard; CHERVENAK, Fank A. Elective primary cesarean delivery. *The New England Journal of Medicine*, v. 348, n. 10, p. 946-950, mar. 2003.

MOLDENHAUER, Julie S. *Prolapso do cordão umbilical*, disponível em: <<https://www.msdmanuals.com/pt-br/profissional/ginecologia-e-obstetr%C3%ADcia/anormalidades-e-complica%C3%A7%C3%B5es-do-trabalho-de-parto-e-do-parto/prolapso-do-cord%C3%A3o-umbilical>>, acesso em 23. dez. 2018

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 233-258, jul./dez. 2006.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Compatibilidade entre os princípios do Código de Defesa do Consumidor e os do novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, 57, p. 77-128.

MORATO, Antonio Carlos. Quadro geral dos direitos da personalidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 106/107, p. 121-158, jan./dez. 2011/2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O novo papel do estado na economia. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 11, p. 99-120, jul./set. 2005.

MURRAY, Stuart J.; HOLMES, Dave. Introduction: towards a critical bioethics. In: _____. (Ed.). *Critical interventions in the ethics of healthcare: challenging the principle of autonomy in bioethics*. Farnham: Ashgate Publishing Limited. 2009, p. 1-11.

NAGEL, Thomas. Personal Rights and Public Space. *Philosophy and Public Affairs*, Princeton, vol. 24, n. 2, p. 83-107, *spring*, 1995.

NICOLAIDES, Kypros H. et al. Evidence-based obstetric ethics and informed decision-making by pregnant women about invasive diagnosis after first-trimester assessment of risk for trisomy 21. *American Journal of Obstetrics and Gynecology*, Filadélfia, v. 193, n. 2, p. 322-326, ago. 2005.

OFFE, Claus. New social movements: challenging the boundaries of institutional politics. *Social Research*, v. 52, n. 4, p. 817-868, *winter*, 1985.

O'NEILL, Onora. *Autonomy and trust in bioethics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

OSIS, Maria José Martins Duarte. et al. The opinion of Brazilian women regarding vaginal labor and cesarean section. *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, Londres, v. 75, p. S59-S66, nov. 2001. Supplement 1.

PEDRO, Fábio Anderson de Freitas. As diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro de 2002 e o neoconstitucionalismo. *Revista dos Tribunais*, n. 925, nov. 2012, p. 75-101.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direitos da personalidade. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 3, n. 3, p. 5-19, jan. 1995

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução Maria Cristina De Cicco. 1. Ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PINHEIRO, Pedro. *Placenta prévia*: causas, sintomas e tratamento. Disponível em: <<https://www.mdsa.ude.com/2017/02/placenta-previa.html>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

POTTER, Joseph E. et al. Women's autonomy and scheduled cesarean sections in Brazil: a cautionary tale. *Birth*, v. 35, n. 1, p. 33-40, mar. 2008.

RANGEL-S, Maria Ligia. Comunicação no controle de risco à saúde e segurança na sociedade contemporânea: uma abordagem interdisciplinar. *Ciência & Saúde Coletiva*. v. 12, n. 5, p. 1375-1385, 2007.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2005.

REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY. *Ley n. 18.426, de 10 de dezembro de 20008*. Defensa del derecho a la salud sexual y reproductiva. Disponível em: <<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp7090923.htm>>, acesso em: 22 dez. 2018.

RIBEIRO, Weslley Carlos. As modernas relações entre direito civil e direito constitucional: a tutela da pessoa em foco. *Pensar*, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 859-886, set./dez. 2014.

RODRIGUES, Geisa de Assis. A proteção do consumidor como um direito fundamental. *Revista de Direito do Consumidor*. n. 58, p. 75-97, abr./jun. 2006.

RODRIGUES, Maria Rafaela Junqueira Bruno. *Fundamentos constitucionais da bioética*. 2006. 322f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2006.

SALMEEN, Kirsten.; BRINCAT, Cynthia. Time from consent to cesarean delivery during labor. *American Journal of Obstetrics & Gynecology*, v. 209, n. 3, p. 212.e1-e6, set. 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. Responsabilidade civil e dignidade da pessoa humana. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz (Coord.). *Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade*. Porto Alegre: Magister, 2007, p. 369-386.

SCHRAMM, Fermin Roland. A Autonomia Difícil. *Bioética*, v. 6, p. 27-37, 1998.

SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica*. 3. ed. revista e ampliada. Tradução Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2009 (vol. 1).

SHEEHY, B.; FEAVER, D. Designing Effective Regulation: a normative theory. *University of New South Wales Law Journal*, Sydney, v. 38, n. 2, p. 392-425, 2015.

SILVA, Denis Franco. Livre uso do corpo e direitos de personalidade. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 19, n. 1, p. 56-70, jan./abr. 2014.

SINGER, Benjamin. Elective cesarean sections gaining acceptance. *CMAJ*, v. 170, n. 5, p. 775, mar. 2004;

SOUZA, J. P. et al. Cervical dilatation over time is a poor predictor of severe adverse birth outcomes: a diagnostic accuracy study. *BJOG*, v. 125, n. 8, p. 991-1000, abr. 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial n. 1.395.254/SC*, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15 out. 2018, Dje. 29 nov. 2013;

_____. *Recurso Especial n. 236.708/MG*, 4ª Turma, rel. Min. Carlos Fernando Mathias (juiz federal convocado da 1ª região), j. 10 fev. 2009, Dje. 18 mai. 2009

_____. *Recurso Especial n. 436.827/SP*, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 1 out. 2002, Dje. 18 nov. 2002.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. Dez anos de Código Civil e a abertura do olhar do civilista. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 49, p. 101-105, jan./mar. 2012.

THE AMERICAN COLLEGE OF OBSTETRICIANS AND GYNECOLOGISTS. Consumer testing for disease risk. *Obstetrics & Gynecology*, v. 130, n. 5, p. e270-273, nov. 2017.

_____. Surgery and Patient Choice. *Obstetrics & Gynecology*, v. 111, n. 1, p. 243-247, jan. 2008.

THE NATIONAL COMMISSION FOR THE PROTECTION OF HUMAN SUBJECTS OF BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH. *The Belmont Report*. 1979. Disponível em: <<https://www.hhs.gov/ohrp/regulations-and-policy/belmont-report/read-the-belmont-report/index.html>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

THOMASMA, David C. Clinical Bioethics in a post modern age. In: VIAFORA, Corrado. (Ed.). *Clinical bioethics: a search for the foundations*, Dordrecht: Springer, 2005, p. 3-20. (International library of ethics, law, and the new medicine, 26).

TORRES, Jacqueline Alves. et al. Cesariana e resultados neonatais em hospitais privados no Brasil: estudo comparativo de dois diferentes modelos de atenção perinatal. *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, n. 30. p. 220-231, mai. 2014. Suplemento 1.

TRETTEL, Daniele Batalha; LEÃO, Lidianie Nascimento. Teoria e prática da participação na agência nacional de saúde suplementar. *Revista de direito sanitário*, São Paulo, v. 15, n. 3, p. 91-121, nov. 2014/fev. 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Apelação n. 0004227-80.2009.8.26.0337*, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Erickson Gavazza Marques, j. 7 dez. 2016.

_____. *Apelação n. 0004590-38.2012.8.26.0539*, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Erickson Gavazza Marques, j. 22 nov. 2017.

_____. *Apelação n. 0009585-69.2007.8.26.0022*, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Moreira Viegas, j. 8 nov. 2017.

_____. *Apelação n. 0009763-21.2011.8.26.0008*, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Fernanda Gomes Camacho, j. 31 mai. 2017.

_____. *Apelação n. 0015422-08.2012.8.26.0127*, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Claudio Godoy, j. 7 fev. 2017.

_____. *Apelação n. 0023519-96.2012.8.26.0482*, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Mary Grün, j. 7 nov. 2018.

_____. *Apelação n. 0025635-16.2010.8.26.0007*, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Viviani Nicolau, j. 5 out. 2016.

_____. *Apelação n. 0032536-36.2010.8.26.0577*, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Marcus Vinicius Rios Gonçalves, j. 8 mai. 2018.

_____. *Apelação n. 0051124-88.2011.8.26.0114*, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Edson Luiz de Queiroz, j. 12 dez. 2017.

_____. *Apelação n. 0111894-55.2012.8.26.0100*, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Egidio Giacoia, j. 2 mar. 2018.

_____. *Apelação n. 0116236-51.2008.8.26.0100*, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 9 ago. 2016.

_____. *Apelação n. 4006516-71.2013.8.26.0564*, 28ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Hamid Bdine, j. 13 dez. 2016.

_____. *Embargos Infringentes* n. 0024171-96.2009.8.26.0554/50000, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. José Roberto Furquim Cabella, j. 18 out. 2018.

TRIUNFO, Patricia; ROSSI, Máximo. The effect of physicians' remuneration system on the Caesarean section rate: the Uruguayan case. *International Journal of Health Care Finance and Economics*, Nova Iorque, v. 9, p. 333-345, 2009.

UNITED STATES OF AMERICA. *Public Law 93-348*, de 12 de julho de 1974. To amend the Public Health Service Act to establish a program of National Research Service Awards to assure the continued excellence of biomedical and behavioral research and to provide for the protection of human subjects involved in biomedical and behavioral research and for other purposes. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/STATUTE-88/pdf/STATUTE-88-Pg342.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

VIAFORA, Corrado. Clinical bioethics: a search for the foundation beyond the 'applied ethics' model. In: _____ (Ed.). *Clinical bioethics: a search for the foundations*, Dordrecht: Springer, 2005, p. ix-xix. (International library of ethics, law, and the new medicine, 26).

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

WEAVER, Jane J.; STATHAM, Helen; RICHARDS, Martin. Are there "unnecessary" cesarean sections? Perceptions of women and obstetricians about cesarean sections for nonclinical indications. *Birth*, v. 34, n. 1, p. 32-41, mar. 2007.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO recommendations: intrapartum care for a positive childbirth experience*, 2018. Disponível em: <<http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/260178/1/9789241550215-eng.pdf?ua=1>>. Acesso em: 22 dez. 2018.

YIN, Robert K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. 2. Ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

ZWECKER, Philip; AZOULAY, Laurent; ABENHAIM, Haim A. Effect of fear of litigation on obstetric care: A nationwide analysis on obstetric practice. *American Journal of Perinatology*, v. 28, n. 4, p. 277-284, abr. 2011.