A cesárea eletiva no SUS e os princípios da isonomia e da liberdade de escolha: exame da constitucionalidade do § 8º do art. 8º do ECA.

Elective cesarean sections in the public health system (SUS) and the principles of isonomy and freedom of choice: examination of the constitutionality of §8 of article 8 of the Child and Adolescent Statute (ECA)

Daniel Ferreira Limaverde[1]
Luciano Pereira de Souza[2]
Renato Braz Mehanna Khamis[3]

RESUMO: O presente estudo visa analisar a constitucionalidade do sentido normativo do §8º, do artigo 8º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, cuja redação dá margem a uma interpretação segundo a qual a cesárea eletiva estaria legalmente vedada no âmbito do Sistema Único de Saúde, embora realizada largamente no sistema de saúde suplementar. Sem pretender confrontar a política nacional de desestímulo à cesárea eletiva e as recomendações da OMS em favor da indicação do parto natural, quando não houver indicação de cesárea, o estudo analisa os princípios constitucionais da isonomia e da liberdade de escolha diante de três possíveis interpretações do dispositivo legal em exame, na busca de identificar limites jurídico-constitucionais à liberdade de escolha da gestante que utiliza a assistência do Sistema Único de Saúde para o parto por não possuir condição financeira para custeá-lo pelo sistema privado, seja mediante contraprestação integral do preço do serviço de assistência médico-hospitalar obstétrica, seja por meio de contrato de Plano Privado de Assistência à Saúde. Utilizando pesquisa bibliográfica e documental procurou-se responder à seguinte pergunta: a interpretação do parágrafo 8º, do artigo 8º do ECA, pela vedação em absoluto da cesárea no âmbito do SUS, harmoniza-se com os princípios constitucionais da igualdade e da liberdade de escolha da gestante? Adotando-se o método hipotético-dedutivo, conclui-se pela inconstitucionalidade da interpretação que conduza à vedação em absoluto da cesárea eletiva no âmbito do SUS.

PALAVRAS-CHAVE: Parto, Cesariana eletiva, SUS, Igualdade, Liberdade de escolha.

ABSTRACT: *The present study aims to analyze the constitutionality of the normative sense of the provisions of paragraph 8, of article 8, of the Statute of the Child and Adolescent, whose wording allows for an interpretation according to which elective cesarean section would be legally prohibited within the public health system, although performed largely in the private health system. Without wishing to confront the national policy of discouragement to elective caesarean section nor the WHO recommendations for the indication of natural childbirth when there is no cesarean indication, the study confronts the constitutional principles of isonomy and freedom of choice in the face of three possible interpretations of the legal provision above mentioned in order to identify juridical-constitutional limits to the freedom of choice of the pregnant woman who uses the assistance of the public health system (SUS) for childbirth because she does not have the financial condition to pay for her delivery through the private system, Using bibliographic and documentary research, the following question was asked:*

[1] Graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e pós-graduação pela PUC/SP em Direito Constitucional. Mestrando em Direito da Saúde pela UNISANTA. Advogado.

[2] Bacharelado e Licenciatura Plena em Ciências Biológicas (USP) e Bacharelado em Direito (USP), Mestre em Direito (USP). Doutor em Direito Ambiental Internacional (Unisantos). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Saúde da Universidade Santa Cecília (UNISANTA).

[3] Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do Curso de Especialização em Direito Constitucional da PUC-SP. Professor do Curso de Graduação em Direito da Universidade Santa Cecília. Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, Mestrado em Direito à Saúde, da Universidade Santa Cecília.

the interpretation of paragraph 8 of Article 8 of the ECA which allows the conclusion that the planned caesarean section was forbidden within the SUS may harmonize with the constitutional principles of equality and freedom of choice of the pregnant woman? Adopting the hypothetical-deductive method it concludes by the unconstitutionality of an interpretation that leads to the prohibition of elective caesarean section in the scope of the public health system in Brazil.

KEYWORDS: *Elective cesarean section, Brazilian public health care system, Equality, Freedom of choice.*

INTRODUÇÃO

Com o presente estudo procura-se extrair o sentido normativo da última parte do preceito legal contido no §8º, do art. 8º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que assegura à gestante o "direito a acompanhamento saudável durante toda a gestação e a parto natural cuidadoso, estabelecendo-se a aplicação da cesariana e outras intervenções cirúrgicas por motivos médicos".

A redação proposta pelo legislador permitiria ao intérprete concluir que o parto cesáreo só estaria autorizado com indicação médica, vedada em absoluto a liberdade de escolha da parturiente, notadamente no sistema público de saúde, uma vez que o *caput* do dispositivo assegura às gestantes o direito à atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

A hipótese a ser testada no presente artigo é a seguinte: o art. 8º, parágrafo 8º, do ECA, é constitucional e o método adotado é o lógico-dedutivo.

O trabalho não pretende discutir a autonomia do profissional da saúde para avaliar e indicar o parto e a conduta em atenção à segurança materno-fetal. Restringe-se a apresentar um leque de possíveis interpretações do dispositivo legal examinado e confrontá-las com as normas principiológicas da Constituição Federal que tutelam a isonomia e a liberdade de escolha.

1 BREVE CENÁRIO DA CESÁREA NO BRASIL: POLÍTICAS E MEDIDAS RECENTES DE CONTROLE DA CESÁREA ELETIVA E DE ESTÍMULO AO PARTO NATURAL

Com base em dados coletados pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e pelo Fundo das Nações Unidas para Infância (UNICEF), a revista científica The Lancet publicou um estudo preocupante em 2018 sobre a "epidemia de cesarianas no mundo" (G1, 2018). Segundo o levantamento, o número de cesarianas dobrou mundialmente no período de 2000 a 2015.

De acordo com a OMS, o recomendável é a taxa de cesárea entre 10 a 15%, entretanto, podendo alcançar 25 a 30% a depender da precariedade do modo de vida da população (BRASIL, 2016b). No Brasil gira em torno de 56% (BRASIL, 2016b), o que significa que a cada dois partos um é cesárea. Não à toa que o Brasil é o segundo país no mundo no ranking de cesarianas (UNICEF, 2017).

Isso é preocupante sob a ótica da saúde pública. A cesariana é uma técnica originalmente criada para salvar a vida das mães e bebês em face de partos com complicações (MAIA, 2010). Com o tempo passou a ser utilizada a pedido da gestante, ora conhecida como cesariana eletiva, situação que prescinde de indicação médica. Sucede que esta modalidade de parto pode

apresentar uma série de efeitos negativos, de curto e longo prazo, à gestante e ao recém-nascido, mais gravosos do que o parto natural (BRASIL, 2016b).

Portanto, a recomendação é pelo parto natural, pois no geral apresenta maiores vantagens e menores riscos. Dentre as vantagens vale citar: a redução da infecção; o favorecimento da produção de leite materno; o desenvolvimento dos laços afetivos com o bebê; o retorno do útero ao tamanho normal mais rapidamente, proporcionando melhor recuperação (SEDICIAIS, 2016). Especificamente ao recém-nascido, maior facilidade para respirar; comportamento mais ativo; maior relaxamento dentre outros (SEDICIAIS, 2016).

Ao mesmo tempo estudos científicos contraindicam a utilização da cesariana em uma infinidade de hipóteses, muitas delas até de desconhecimento do médico obstetra, o que suscita a preocupação de inadvertidamente expor a gestante e o feto a risco (MAIA, 2010). Embora a exposição a procedimentos desnecessários eleve em seis vezes mais o risco de graves complicações à parturiente, dados apontam que em 75,3% das cesarianas não existe motivação médica, ou seja, apenas em um quarto dos casos elas realmente são necessárias. (UNICEF, 2017).

Em 2006 o Ministério Público Federal (MPF) instaurou a Representação 1.34.001.004458/2006/-98 para apurar o elevado número de cesarianas realizadas na rede privada de saúde e para averiguar medidas capazes de reverter esse fenômeno. Constatou-se que o percentual de cesarianas na rede pública foi de 38% em 2011, enquanto que na rede privada de 82%, ou seja, mais do que o dobro. Tal relação é corroborada pelo estudo de 2012 do Sistema de Informações Sobre Nascidos Vivos, o qual apresentou 40% na rede pública e 85% na rede privada (BRASIL, 2016b).

Desta representação resultou a Ação Civil Pública 0017488-30.2010.4.03.6100, movida pelo MPF em face da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), com tramitação na Seção Judiciária de São Paulo – TRF3. Em síntese, o MPF pedia a condenação da ANS para que regulamentasse temas que pudessem contribuir à redução do parto cesárea.

No final de 2015 o juízo de primeiro grau condenou a ANS, em decisão pendente de recurso no Tribunal Regional Federal da Terceira Região[4], a proceder às seguintes regulamentações: a) fornecimento sobre os percentuais de cesarianas e partos normais efetuados pelos obstetras e hospitais remunerados pela operadora no ano anterior; b) definição do modelo de partograma 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) utilização do cartão gestante como documento obrigatório a ser fornecido às parturientes; d) credenciamento pelas operadoras e hospitais dos enfermeiros obstétricos e obstetrizes no acompanhamento do trabalho de parto e do próprio parto, mantendo atualizada relação de profissionais credenciados para livre consulta das consumidoras; e) criação de indicadores e notas de qualificação para operadoras e hospitais específicos para redução do número de cesarianas e adoção de práticas humanizadas de nascimento; f) fixação de remuneração dos honorários profissionais a serem pagos pelas operadoras ao parto normal de, no mínimo, o triplo do valor atribuído à cesariana.

Em resposta à decisão acima, várias normas foram criadas, praticamente no mesmo intervalo de tempo. Pela ordem: (1) Resolução 398 da ANS em 05.02.2016; (2) Lei 13.257/16 em 08.03.2016; (3) Resolução 2.144/16 do Conselho Federal de Medicina (CFM) em 17.03.2016; (4) Portaria 306 do Ministério da Saúde (MS) em 28.03.2016.

[4] Disponível em: <https://pje2g.trf3.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=dde4f2f638324baa55bd543a8d2a5965aab1d882c42a0a64 >. Acesso em 12/10/2022.

A propósito, antes mesmo da sentença condenatória a ANS já vinha incorporando alguns dos pleitos do MPF. Ilustrando, na Resolução 368 determinou a divulgação dos percentuais dos partos naturais e de cesáreas e o fornecimento do cartão gestante.

Quanto as normas editadas após a sentença condenatória, resumidamente, a Resolução 398 da ANS obrigou as operadoras de planos de saúde a contratarem obstetrizes e enfermeiros obstétricos em sua rede assistencial e a entregarem às parturientes a nota de orientação sobre os riscos dos partos cesárea e normal.

Por sua vez, a Lei 13.257/16, com diversas inovações, acrescentou o parágrafo 8º no art. 8º, da Lei 8.069/90, popularmente conhecida como ECA.

De acordo com o art. 8º, *caput*:

> É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde.

O art. 8º, parágrafo 8º, do mesmo diploma legal, reza que:

> A gestante tem direito a acompanhamento saudável durante toda a gestação e a parto natural cuidadoso, estabelecendo-se a aplicação de cesariana e outras intervenções cirúrgicas por motivos médicos.

Já a portaria 306 do MS, à luz da medicina baseada em evidências, traçou as diretrizes de atenção à gestante, destacando inúmeras situações em que a cesariana é recomendada e contraindicada.

Por fim, a Resolução 2.144/16 do CFM dispôs sobre a autonomia da parturiente e do médico.

O art. 1º, caput, preceitua que:

> Art. 1º. É direito da gestante, nas situações eletivas, optar pela realização de cesariana, garantida por sua autonomia, desde que tenha recebido todas as informações de forma pormenorizada sobre o parto vaginal e cesariana, seus respectivos benefícios e riscos.

Diferentemente das normativas anteriores, a Resolução 2.144/16 do CFM é a única a reconhecer expressamente a cesariana eletiva como direito da gestante, independentemente de recomendação médica, como decorrência da livre autonomia.

Também assegurou a autonomia do médico para oferecer e realizar cesariana eletiva, consoante o conteúdo do art. 3º:

> Art. 3º. É ético o médico realizar a cesariana a pedido, e se houver discordância entre a decisão médica e a vontade da gestante, o médico poderá alegar o seu direito de autonomia profissional e, nesses casos, referenciar a gestante a outro profissional.

Ademais, o art. 2º estabelece que:

> Art. 2º. Para garantir a segurança do feto, a cesariana a pedido da gestante, nas situações de risco habitual, somente poderá ser realizada a partir da 39ª semana de gestação, devendo haver o registro em prontuário.

A observância desta regra pelo obstetra irá beneficiar a saúde da parturiente e do bebê. Por conseguinte, diminuirá significativamente os danos inerentes à cesariana eletiva.

É embasado nesse cenário que o presente estudo investiga se o art. 8º, parágrafo 8º, do ECA, oriundo de política pública para reduzir o índice de cesarianas, teria vedado em absoluto a cesárea eletiva, especialmente no âmbito do sistema público de saúde, e se tal interpretação do dispositivo legal guardaria sintonia com os princípios constitucionais da isonomia e da liberdade de escolha. A opção pela análise do dispositivo do ECA explica-se pela hierarquia normativa superior em face dos demais textos de status infralegal e da amplitude da sua incidência, de caráter nacional, entretanto, sem perder de vista o exposto na resolução do CFM.

2 RESULTADOS INTERPRETATIVOS ACERCA DO PARÁGRAFO 8º DO ARTIGO 8º DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A leitura do art. 8º, parágrafo 8º, do ECA, suscita indagações: (1) teria procurado proibir a cesariana eletiva no Brasil diante dos excessos verificados acima? (2) Teria visado proibir a cesárea eletiva apenas no âmbito da rede pública de saúde, como parte das políticas de controle do parto cesáreo? (3) Teria buscado "redação afirmativa" e coerente com a política pública de estímulo ao parto natural, sem interferir taxativamente na liberdade de escolha da gestante?

Conforme mencionado anteriormente, em linhas gerais, a cesárea ocorre ou por motivos médicos ou por vontade da parturiente. Na primeira situação, o quadro clínico revela que o parto natural apresenta maiores riscos à gestante e/ou ao feto, razão pela qual a cesárea assume preferência médica. Diversamente, na segunda situação, independentemente da necessidade ou recomendação médica, a parturiente escolhe o parto cesárea em detrimento do parto natural.

O art. 8º, parágrafo 8º, do ECA, é silente sobre a cesariana eletiva.

Inicialmente, conforme a clássica lição acerca do princípio da legalidade, de que onde a lei não veda não cabe ao intérprete fazê-lo (BOBBIO, 2010, p. 124), poder-se-ia argumentar que a ausência de proibição categórica significa que a cesariana eletiva é permitida.

Contra esse raciocínio pesa o fato de que a previsão do ECA foi concebida num contexto de políticas públicas de enfrentamento de elevadas taxas de cesariana no Brasil. Assim, fazendo uso da interpretação histórica (PEREIRA, 2018, p. 337), concluir-se-ia pela proibição.

A vantagem desta interpretação é viabilizar sentido contextual ao dispositivo legal. Sob outro prisma, se fosse para admitir a licitude da cesariana eletiva bastaria que ou legislador permanecesse inerte, ou, se fosse para afastar qualquer dúvida a respeito, que tivesse sido categórico no sentido da licitude.

Por sua vez, o art. 8º, parágrafo 8º do ECA, estabeleceria uma relação de regra e exceção. A regra seria o parto natural, enquanto a exceção a cesariana, desde que preenchida a causa atinente aos motivos médicos. Portanto, à luz da interpretação teleológica (Pereira, 2018, p. 336), ausente a indicação médica que autoriza a cesárea (causa), esta seria proibida.

Portanto, pela interpretação histórica e teleológica extrair-se-ia a proibição à cesariana eletiva.

Dando passo além, admitindo-se *ad argumentandum tantum* que o art. 8º, parágrafo 8º, do ECA, teria proibido a cesárea eletiva, é de investigar-se se valeria somente aos usuários da rede pública ou também aos usuários da rede privada de saúde. O dispositivo legal não especifica.

Uma alternativa seria concluir que a proibição alcança ambos, haja vista a omissão deliberada do legislador. Além disso, à luz da interpretação histórica, a vedação abrangendo todos os usuários seria mais eficiente no combate à epidemia de cesarianas. Com isso, atenderia

aos interesses sanitários aludidos, bem como de grupos específicos da sociedade contrários a qualquer outra forma de parto que não seja o natural (BRASIL, 2018).

Acontece que essa orientação encontra fortes argumentos em contrário. O *caput* do art. 8º do ECA expressamente menciona que aquelas políticas de saúde em favor da mulher são reservadas no âmbito do SUS. Porém, é típico da interpretação sistemática (MAXIMILIANO, 2011, p. 104-105) que os parágrafos sejam interpretados em consonância com o *caput.* Logo, a proibição do parágrafo 8º, caso reconhecida, seria aplicável apenas aos usuários da rede pública.

Diante do papel secundário da interpretação histórica na construção da norma, o recomendável seria atribuir preferência à interpretação sistemática em caso de conflito (BARROSO, 2015, p. 327).

Ainda em reforço à interpretação sistemática, os parágrafos 1º, 3º, 4º, 5º e 9º do art. 8º do ECA, fazem referência à "atenção primária", que é uma estratégia de organização da atenção à saúde a ser exercida pelo SUS, mediante regionalização, focalização e integração dos serviços (MATTA e MOROSINI, 2009). Igualmente, o parágrafo 10 menciona "poder público". Ou seja, as políticas públicas constantes do art. 8º do ECA são predominantemente voltadas à rede pública.

Já a Resolução 398 da ANS, editada após a sentença condenatória na ação civil pública e antes da lei que introduziu o parágrafo 8º no ECA, autoriza o parto cesáreo eletivo na rede privada. A ANS poderia ter excluído da cobertura assistencial dos planos de saúde, contudo optou por não o fazer. Ao invés, preferiu adotar medidas indutivas que encorajassem o parto natural, entretanto, sem obstar a cesariana eletiva na rede privada.

Percebe-se, portanto, a insegurança jurídica trazida pelo parágrafo 8º, art. 8º, do ECA. Certamente que isso motivou o CFM a editar às pressas a Resolução 2.144/16, de maneira a garantir a liberdade de escolha da gestante e a autonomia profissional do médico.

Em síntese, numa interpretação estritamente legal, prevalecem os argumentos no sentido de que a lei (1) proibiu a cesárea eletiva e (2) apenas na rede pública de saúde.

Sucede que essa orientação não é isenta de inquietações: (1) a ação civil pública movida pelo MPF em face da ANS foi para resolver um problema de política pública que se concentra precipuamente no âmbito privado, mas que teria culminado numa medida proibitiva no âmbito público; (2) estabeleceria tratamento jurídico diferenciado entre os usuários da rede pública e da rede privada, vedando a cesariana eletiva aos primeiros e permitindo aos últimos; (3) retiraria da gestante o direito de optar pela espécie de parto ao qual será submetida.

Por isso mesmo nenhuma interpretação prescinde da filtragem e do controle de validade constitucional (SARMENTO, 2006). Por meio destes é possível obter o sentido mais condizente da norma infraconstitucional com a constituição (filtragem), desde que não seja incompatível com ela (controle de validade).

Doravante, passa-se à análise dos princípios constitucionais da isonomia e da liberdade de escolha diante da problemática apontada.

3 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA ANTE O TRATAMENTO JURÍDICO DIFERENCIADO EM RELAÇÃO À CESÁREA ELETIVA NA REDE PÚBLICA E NO SISTEMA PRIVADO DE SAÚDE

O princípio da isonomia tem sua matriz no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, segundo o qual todos os indivíduos são iguais perante a lei e têm direito à igualdade.

Baseando-se na noção aristotélica de igualdade, pode-se definir o princípio da isonomia como o dever jurídico imposto ao poder público de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de modo desigual, na medida da desigualdade (ARISTÓTELES, 2004, p. 109). Na primeira

modalidade a isonomia revela-se pelo dever de igual tratamento (ALEXY, 2017, p. 395), também denominada por alguns de igualdade formal, ao passo que na segunda pelo dever de compensação (GUEDES, 2014, p. 205), conhecida por igualdade material.

Conforme narrado, uma das possíveis interpretações do art. 8º, parágrafo 8º, do ECA, conduziria a uma proibição da cesárea eletiva que alcançaria apenas os usuários da rede pública. Indaga-se se nesta hipótese, de tratamento diferenciado, o legislador respeitou o princípio da isonomia.

De acordo com o princípio da igualdade, é inaceitável qualquer diferenciação injustificada ou arbitrária (MELLO, 2010, p. 18). Significa dizer que a liberdade de conformação do legislador permite tratamento diferenciado entre os destinatários da norma, desde que fundado num critério razoável, sendo objetivamente evidente o motivo à diferenciação (Alexy, 2017, p. 407-408). Do contrário, prevalece o dever de igual tratamento, sendo esta a regra do sistema jurídico (ALEXY, 2017, p. 426).

Sendo assim, nem todo tratamento diferenciado redunda automaticamente em infringência à isonomia, sendo imprescindível investigar as razões da distinção - fator de discrímen. Logo, apenas quando a medida legislativa carecer de correlação lógica entre o critério de discriminação e o tratamento diferenciado é que será abusiva e, consequentemente, inconstitucional (MELLO, 2010, p. 21-22).

O Brasil apresenta elevado número de nascimentos por cesarianas, seja na rede pública, seja na rede privada, tanto que está acima do percentual recomendado pela OMS. Para compreender o quão elevado é o percentual de cesáreas na rede privada, basta notar que a cada 5 (cinco) partos 4 (quatro) são mediante cesariana. Por esta exata razão que o MPF moveu ação civil pública contra a ANS.

À luz deste cenário, é induvidoso que a eventual proibição de cesárea restrita aos usuários da rede pública aviltaria o princípio da isonomia. Não há qualquer coerência lógica que justifique este fator de discrímen, na medida em que, para reduzir o número de cesarianas no Brasil, buscar-se-ia eliminar o direito daqueles que menos contribuem com o agravamento do quadro. O percentual de cesarianas dos usuários da rede pública corresponde a menos da metade da rede privada. Significaria, em outras palavras, impor um ônus demasiado aos usuários da rede pública, sem que este ônus fosse compartilhado com os principais responsáveis pelo número alarmante de cesáreas no Brasil.

Outrossim, a Corte Constitucional americana, com seu tradicional pragmatismo, lança mão do seguinte argumento, o qual é pertinente à espécie, para assegurar a observância da cláusula de igual proteção. Sempre que for criada uma lei contra um grupo considerado vulnerável, ora denominado de classe suspeita, prevalece, a princípio, que a medida é inconstitucional (DWORKIN, 2011, p. 584). Trata-se de presunção *juris tantum.* Caberá então ao poder público o ônus de demonstrar que a desvantagem produzida não é plenamente injustificada, ou seja, que não é arbitrária e serve a outros propósitos da coletividade (DWORKIN, 2011, p. 588).

Com base na realidade brasileira, os principais usuários da rede pública de saúde, de um modo geral, são pessoas de menor poder aquisito (PAIM, 2009). Sem o oferecimento de planos de saúde pelo empregador, encontram entraves consideráveis de acesso à rede privada. Com isso, não resta outra alternativa senão submeterem-se à rede pública, o que se convencionou chamar de “SUS para os pobres”, a despeito de não ter sido concebido com esse propósito (PAIM, 2009).

Assim, chancelar a proibição aos usuários da rede pública de optarem pela cesariana eletiva, ao mesmo tempo em que é autorizada aos usuários da rede privada, seria uma manifesta restrição injustificada a um grupo nitidamente vulnerável. Beira, inclusive, a privilégio odioso, incompatível com o texto constitucional.

Doravante, pertinente ainda analisar a questão pela objeção do custo-benefício. Sob esta ótica, a cesárea revelaria custo bem superior ao parto natural, circunstância que respaldaria o tratamento diferenciado entre os usuários da rede pública e privada, com assento no princípio da eficiência pelo aspecto estrito da economicidade (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 186).

Estipular preço referente ao custo dos partos é atividade relativamente incompleta, pois envolve vários fatores, sendo alguns descartados para minimizar a complexidade da pesquisa (ESTRINGER, PINTO e GOMES, 2017). Dito isso, a Associação Médica Brasileira (AMB) apontava na Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos que o custo do parto natural era de R$ 1.339,00 e o parto cesárea de R$ 1.504,00 (BBC, 2015).

Acontece que essa listagem é anterior a várias medidas que foram adotadas pela ANS para reduzir o índice de cesarianas, sendo uma delas a ampliação da remuneração do médico responsável pelo parto natural e outra a contratação de obstetrizes e enfermeiros obstétricos, de modo a tender para redução dessa diferença de gastos – apesar de serem medidas voltadas à rede privada, fatalmente repercutirão na rede pública.

O que torna a cesariana mais custosa do que o parto natural são os recursos humanos, pois em relação apenas ao procedimento o parto natural é mais barato (ESTRINGER, PINTO e GOMES, 2017). Assim, certamente o poder público teria condições de otimizar os recursos humanos, reduzindo os custos do parto cesárea, de modo a nivelar aos do parto natural. É uma questão de adequar o gerenciamento. Aliás, alguns estabelecimentos públicos de saúde já apresentavam parca diferença de gastos envolvendo o parto natural e a cesariana (ESTRINGER, PINTO e GOMES, 2017).

Logo, o argumento da economicidade revela-se inconsistente para justificar a drástica proibição da cesariana eletiva apenas na rede pública, tolhendo o direito das usuárias gestantes. Isso porque a diferença de custo não é considerável; recentemente foram adotadas medidas que majoraram o gasto do parto natural tendendo para maior equalização ou até mesmo superação em face da cesárea eletiva; e o poder público ainda dispõe de ferramentas gerenciais para nivelar o custo total dos procedimentos.

Em síntese, admitir a proibição da cesariana exclusivamente na rede pública implica violação ao princípio da isonomia, haja vista a inadmissibilidade do fator de discrímen, ou seja, revela discriminação ilícita em prejuízo das gestantes usuárias da rede pública. Assim, ou a cesariana eletiva é proibida ou permitida indistintamente nas redes públicas e privadas – unicidade de tratamento.

Alcançada essa conclusão, ainda é fundamental proceder à análise do princípio da liberdade de escolha, para definir qual a melhor consequência jurídica para atribuir ao art. 8º, parágrafo 8º, do ECA, pois uma das possíveis interpretações consistiria na proibição da cesárea eletiva.

4 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE ESCOLHA: O DIREITO DA PARTURIENTE E A SEGURANÇA MATERNO-FETAL

Ao lado da igualdade, a liberdade é valor ínsito à essência da pessoa humana (Silva, 2014, p. 695). É por meio dela que o indivíduo, livre por natureza, orienta-se para desenvolver e concretizar as suas potencialidades, para exercer capacidade de escolha (SILVA, 2014, p. 688).

Nesta linha, o princípio da liberdade de escolha, extraído do *caput* do art. 5º da Constituição Federal, está intimamente vinculado à autonomia da vontade. Com isso, pode ser extraído do princípio da dignidade da pessoa humana previsto no art. 1º, caput, inciso III, da Lei Suprema (SARLET, 2015, p. 126), também condensado como valor fundamental do

ordenamento jurídico e que confere sistematicidade aos direitos fundamentais (NOVELINO, 2010, p. 370).

Em decorrência do princípio da liberdade de escolha, o poder público tem o dever de não intervir na esfera de liberdade reservada ao indivíduo (BOBBIO, 1997, p. 49), bem como o dever de criar condições para que ele, através da autodeterminação, reúna condições para escolher o que realmente importa ao seu projeto de vida (BERGSTEIN, 2013, p. 56).

Essa liberdade de escolha vem sendo cada vez mais reconhecida e ampliada no direito à saúde, inclusive estabelecendo uma nova relação entre paciente e médico (SCAFF, 2010, p. 26).

Por isso, é preciso definir se a proibição da cesariana eletiva em qualquer rede de atendimento colide ou não com o princípio da liberdade de escolha da gestante.

De grande valia, neste caso, a técnica da concordância prática, segundo a qual os bens jurídicos em conflito devem ser coordenados e reduzidos proporcionalmente para fins de definição do âmbito de incidência (MÜLLER, 2010, p. 84). O auxílio da proibição de excesso com a técnica da proporcionalidade também orienta na resolução do questionamento levantado (KHAMIS, 2013, p. 130).

A liberdade de escolha da gestante representa um feixe de direitos que abrange o direito à saúde, vida, integridade física, dentre outros. Soma-se a isso o simbolismo arraigado ao parto, momento este em que a mulher traz um novo ser ao mundo, cheio de vida, e que a define como mãe (MAIA, 2010). Tudo isso revela a quão comedida deve ser a intervenção estatal na liberdade da gestante.

Configuraria, portanto, gritante incoerência a proibição da cesariana eletiva, tolhendo o direito de autodeterminação da gestante, ao mesmo tempo em que já se reconhece, com base no mesmo direito, a possibilidade de interrupção da gravidez de feto anencéfalo (ADPF 54/DF).

Entendimento diverso implicaria retrocesso ao modelo de parto humanizado, que vem evoluindo no Brasil. O parto humanizado consiste na assistência baseada no respeito a direitos, sem constrangimento ou coação, com o objetivo de promover um parto seguro, inclusive com o reconhecimento do direito à gestante de conhecer e decidir sobre os procedimentos do parto, independentemente de complicações (DINIZ, 2005).

Em curta síntese, consiste no reconhecimento da gestante como a protagonista do próprio parto e da saúde como direito, e não como um dever, consoante a melhor intelecção do art. 196 da Constituição Federal.

Por isso o parto humanizado assegura a realização do pré-natal, perinatal e pós-natal, em acompanhamento contínuo e com aconselhamentos à mãe e família para um parto saudável e com menos dor, sem prejuízo de um pós-parto atencioso, que permita aleitamento materno, alimentação e criação de vínculo com o bebê. (Diniz, 2005). Igualmente, parto realizado num ambiente adequado, com profissionais capacitados e acompanhante se assim desejar a parturiente (Diniz, 2005).

Em verdade, essas diretrizes do parto humanizado foram contempladas pela Lei 13.257/16, que modificou o *caput* e os parágrafos do art. 8º do ECA. Sendo assim, teria sentido que o parágrafo 8º tivesse tolhido a liberdade de escolha pela cesariana eletiva? Teria a lei negado aspecto essencial do parto humanizado ao suprimir o direito da gestante de ser protagonista do próprio parto? Teria o legislador preferido pela instrumentalização da parturiente para alcançar metas coletivas, pondo em segundo plano a dignidade da pessoa humana (SARMENTO, 2016, p. 91)?

Juridicamente a resposta não pode ser afirmativa, sendo que o próprio art. 8º do ECA busca harmoniosamente preservar a liberdade da parturiente, a segurança materno-fetal e promover a política de incentivo ao parto natural e de controle de cesáreas.

É de extrema relevância, por uma questão de política pública, que o índice de cesarianas caia para patamares aceitáveis. Isso é indiscutível. Contudo, tal objetivo não pode aniquilar

direitos fundamentais individuais, o que aconteceria se o direito de escolha da gestante restasse inviabilizado pelo Estado (THALER e SUNSTEIN, 2009, p. 5).

Nessa toada, a vedação categórica da cesariana a pedido da gestante peca por extremismo. Não custa repisar: a omissão é inaceitável, sendo papel do Estado adotar medidas para minorar o preocupante quadro vigente, mas nem por isso convém abraçar soluções radicais, sobretudo em face da existência de medidas menos invasivas que preservariam a liberdade de escolha da parturiente. Ignorar medidas alternativas menos gravosas para alcançar o mesmo fim, acarretando a proibição da cesárea eletiva, numa das leituras do art. 8º, parágrafo 8º, do ECA, implicaria a não superação do teste da proporcionalidade no tocante à necessidade da medida (SILVA, 2011, p. 171) e tampouco atenderia ao postulado da concordância prática.

Daí concluir-se que a liberdade de escolha da gestante impede qualquer política pública ou atuação estatal que elimine o direito de optar por qual modalidade de parto submeter-se-á para dar à luz à sua prole, independentemente de ser na rede pública ou na rede privada.

5 TÉCNICAS DE DECISÃO CONSTITUCIONAL

Isso posto, resta a indagação: como deve proceder o intérprete/aplicador diante do caso concreto? A resposta está nas técnicas de decisão exclusivamente constitucional.

Pode-se utilizar a técnica da declaração de nulidade sem redução de texto, por meio da qual exclui-se a interpretação que leva a um resultado inválido, porém admitindo outras interpretações que se adequem ao texto constitucional (NOVELINO, 2010, p. 175). Trata-se de redução do âmbito de incidência, todavia sem vincular a uma exclusiva forma de interpretação (NOVELINO, 2010, p. 240).

Outra alternativa seria o uso da técnica da interpretação conforme a constituição, por meio da qual se define a única interpretação compatível com o texto constitucional, desde que comportada nos limites do enunciado normativo objeto de controle, para não caracterizar interpretação *contra legem* (BARROSO, 2004, p. 192). Assim, é atribuído um sentido alternativo ao texto que o concilia às exigências constitucionais, embora não seja o mais evidente a resultar da sua leitura (BARROSO, 2004, p. 189).

Contudo, se a incompatibilidade persistir, trata-se então de vício insanável, não restando outra alternativa senão reconhecer a nulidade do texto normativo com a consequente declaração de inconstitucionalidade da norma, que, por ser medida mais gravosa, deve ser utilizada como *ultima ratio* (BONAVIDES, 2010, p. 340).

Portanto, na declaração de nulidade sem redução de texto e na interpretação conforme o vício decorre estritamente da interpretação, enquanto que na declaração de inconstitucionalidade do texto em si (BARROSO, 2004, p. 189).

CONCLUSÃO

Diante do problema hermenêutico envolvendo a (in)validade da norma infraconstitucional do ECA com a Constituição Federal, o intérprete deve investigar se existe solução capaz de compatibilizar a primeira com a segunda, caso contrário deve reconhecer a inconstitucionalidade.

As interpretações em tese possíveis são: (1) proibição de cesariana eletiva somente na rede pública; (2) proibição da cesariana eletiva nas redes pública e privada; (3) permissão da cesariana eletiva nas redes pública e privada.

Conforme demonstrado, a primeira opção é manifestamente inconstitucional, pois viola os princípios da isonomia e da liberdade de escolha.

A segunda opção, em que pese atender ao princípio da isonomia, padece de nulidade por violar flagrantemente a liberdade de escolha.

Por fim, a terceira opção é aquela que protege os princípios da isonomia e da liberdade de escolha e, portanto, a única admissível.

O texto normativo não proíbe e nem versa expressamente sobre a cesárea eletiva, inexistindo, assim, óbice para adoção da técnica da interpretação conforme a constituição para solucionar o (aparente) conflito normativo.

Com isso, a solução ao problema investigado consiste no reconhecimento da constitucionalidade do art. 8º, parágrafo 8º, do ECA, através da aplicação da técnica da interpretação conforme a constituição, para garantir à gestante o direito à cesárea eletiva, tanto na rede pública quanto na privada, mediante práticas humanizadoras e sem prejuízo da observância dos protocolos médicos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** Tradução de Virgílio Nassetti. São Paulo. Martin Claret, 2004.

BARROS, Pedro Pita. **Economia da Saúde:** conceitos e comportamentos. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa.** 2ª edição. Belo Horizonte : Editora Fórum, 2012.

BBC. O preço de dar à luz ao redor do mundo. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/03/150306_quanto_custa_parto_mdb. Acesso em 18/11/18.

BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

_____. **Teoria Geral do direito.** 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 25.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

BRASIL. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências..

_____. Entenda quais são os benefícios do parto humanizado. 2018. Site: http://www.brasil.gov.br/noticias/saude/2018/08/entenda-quais-sao-os-beneficios-do-parto-humanizado. Acesso em 18/11/18.

_____. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. **Resolução Normativa nº 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.

_____. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. **Resolução Normativa nº 398** de 5 de fevereiro 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.

_____. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria 306,** de 28 de março de 2016. Aprova as Diretrizes de Atenção à Gestante: a operação cesariana.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº 2.144**, de 17 de março de 2016, que dispõe sobre a ética do médico ao atender vontade da gestante de realizar parto cesariano, garantida a autonomia do médico, da paciente e a segurança do binômio materno fetal.

DINIZ, Carmen Simone Grilo. Humanização da assistência ao parto natural no Brasil: os muitos sentidos de um movimento. Ciência e Saúde Coletiva, 10(3):627, 2005. Disponível em: https://www.scielosp.org/pdf/csc/2005.v10n3/627-637. Acesso em 18/11/18.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana:** a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. 2.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

ENTRINGER, Aline Piovezan; PINTO, Marcia T.; GOMES, Maria Auxiliadora de Souza Mendes. Análise dos custos da atenção hospital ao parto vaginal e à cesariana eletiva para gestantes de risco habitual no Sistema Único de Saúde. Ciencia & Saúde Coletiva [periódico na internet] (2017/Set). Disponível em: http://www.cienciaesaudecoletiva.com.br/artigos/analise-de-custos-da-atencao-hospitalar-ao-parto-vaginal-e-a-cesariana-eletiva-para-gestantes-de-risco-habitual-no-sistema-unico-de-saude/16340?id=16340&id=16340. Acesso em 18/11/18.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GUEDES, Jefferson Carús. **Igualdade e desigualdade:** introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GLOBOPLAY. Violência obstétrica é realidade em muitas maternidades brasileiras. Profissão Repórter, 12/12/2018. Disponível em: https://globoplay.globo.com/v/7229223/. Acesso em 04/09/19.

KHAMIS, Renato Braz Mehanna. **Da proporcionalidade à razoabilidade:** entre a técnica e a norma jurídica. Tese de doutorado em Direito Constitucional. Pontifícia Universidade Católica - PUC. São Paulo, 2013. Disponível em: https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6352/1/Renato%20Braz%20Mehanna%20Khamis.pdf. Acesso em 18/11/18.

MAIA, Mônica Bara. **Humanização do parto:** política pública, comportamento organizacional e ethos profissional. Editora Fiocruz, 2010. Obra digital.

MATTA, Gustavo Côrrea; MOROSINI, Márcia Valéria Guimarães. **Atenção primária à saúde.** 2009 Site: http://www.sites.epsjv.fiocruz.br/dicionario/verbetes/ateprisau.html. Acesso em 18/11/18.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELLO, Celso Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da isonomia.** 3.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional.** Tradução de Peter Naumann. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional.** 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010.

PAIM, Jairnilson Silva. **O que é o SUS.** Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2009. Obra digital.

PEREIRA, Jane Reis. **A interpretação constitucional e direitos fundamentais.** 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PRESSE, France. América Latina é a região com maior taxa de cesáreas do mundo. **G1.** 12 out. 2018. Disponível em: https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2018/10/12/america-latina-e-a-regiao-com-maior-taxa-de-cesareas-do-mundo.ghtml. Acesso em 18/11/18.

RODRÍGUEZ, Marisol. Los copagos en atencíon médica y su impacto sobre la utilización, el gasto y la equidad. Site: https://fcampalans.cat/images/noticias/Capitol%204.pdf Acesso em 04/09/19.

SANTOS, Tabi Thuler. **Evidências de indução de demanda por parto cesárea no Brasil**. Dissertação de mestrado em Economia na UFMG. Minas Gerais, 2011. Site: https://iess.org.br/cms/rep/2lugareconomia_rv4ghhto.pdf. Acesso em 18/11/18.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional:** os dois lados da moeda. 2006. Site: http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-ubiquidade-constitucional-os-dois-lados-da-moeda/ubiquidade-constitucional-daniel-sarmento.pdf. Acesso em 18/11/2018.

_____. **Dignidade da pessoa humana:** conteúdo, trajetórias e metodologia. 2.ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

SEDICIAIS, Sheila. 6 benefícios do parto normal. **Tua Saúde Rede D'Or.** Fevereiro de 2022. Disponível em: https://www.tuasaude.com/vantagens-do-parto-normal/. Acesso em 18/11/18.

SILVA, José Afonso. **Teoria do conhecimento constitucional.** Editora Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge:** Improving decisions about health, wealth, and happiness. Penguin Books, 2009.

UNICEF. **Quem espera espera.** 2017. Site: https://www.unicef.org/brazil/pt/quem_espera_espera.pdf. Acesso em 18/11/18.