

“O CASO DA CESARIANA FORÇADA EM TORRES/RS”¹

Por José Henrique Rodrigues Torres²

Caríssim@s.

1. INTRODUÇÃO NECESSÁRIA.

Inicialmente, peço-lhes que Mérope não seja esquecida. Mérope, depois de ter sido humilhada e desrespeitada no exercício de sua liberdade e autonomia e depois de ter seu corpo e seus desejos violentados, tudo em razão de uma ideologia de dominação patriarcal, foi simplesmente esquecida. Historiadores e estudiosos da mitologia, cronistas, feministas e escritores, psicanalistas e psicólogos, sexólogos, filósofos e até mesmo juristas, todos discutem, até os dias de hoje, aspectos filosóficos, psicológicos, históricos, políticos e sociais desse mito, mas ninguém sabe dizer o que aconteceu, depois, com Mérope, que continua esquecida e abandonada em sua dimensão mítica.

Em seguida, peço-lhes que seja lembrada a advertência de Jacque Derrida: **“As legislações, que devem servir à justiça, mas não são a justiça, oferecem permanentemente o perigo do erro, da injustiça. Mas elas são a chance de se fazer justiça, na medida em que elas podem e devem ser constantemente repensadas e refeitas, deferidas e diferidas, perfectíveis. A justiça, esta é o indesejável, o objetivo maior da desconstrução. Podemos dizer que a desconstrução, diferentemente da filosofia clássica, não é uma busca da verdade, mas da justiça”** (O fundamento místico da autoridade II. Porto-Portugal: Campo das Letras, 2003).

Portanto, lembrando-me de Derrida, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto ou de ditar procedimentos, farei algumas considerações e reflexões sobre a

¹ Texto publicado na página do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde – CEBES. Acesso em: www.cebes.com.br. Publicado em 17 abr. 2014.

² Juiz de Direito Titular da 1ª Vara do Júri de Campinas/SP. Professor de Direito Penal da PUC CAMPINAS (Pontifícia Universidade Católica de Campinas). Professor de Direito Penal Sanitário do IDISA (Instituto de Direito Sanitário Aplicado). Ex-presidente do Conselho Executivo da AJD (Associação Juízes para a Democracia). Membro da Comissão de Terminalidade da Vida do CFM (Conselho Federal de Medicina). Membro da Comissão de Altos Estudos sobre Direitos Humanos do Ministério da Justiça. Membro da Comissão Estadual sobre Tráfico de Pessoas – Regional Campinas. Assessor do “Grupo Multidisciplinar de Estudos sobre Direitos Sexuais e Reprodutivos” da FEBRASGO (Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia). Membro do Centro de Pesquisa e Controle das Doenças Materno-Infantis de Campinas – CEMICAMP. Membro do Grupo de Estudos sobre Direitos Sexuais e Reprodutivos da FEBRASGO (Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia). Membro do Grupo de Estudos sobre Abortamento (GEA). Membro da Comissão de Monografias Jurídicas do IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais). Membro Assessor de Rede *Global Doctors For Choice/Brasil*- GDC/Brasil Coordenadores.

legislação brasileira a ser observada, de modo geral, na relação médico-paciente, mas, sempre, sob o enfoque dos princípios e regras que fundamentam o Estado de Direito Democrático, que está embasado, primordialmente, na dignidade da pessoa humana e nos princípios éticos do sistema de proteção dos Direitos Humanos. Acredito que, assim, repensada, refeita, deferida ou diferida, mas aplicada, sempre, à luz dos princípios que orientam a garantia dos direitos fundamentais, a legislação, em sua dimensão constitucional e ética, pode representar uma chance de se fazer justiça.

Não farei considerações específicas sobre o caso da “cesariana forçada em Torres/RS”, pois não conheço as suas circunstâncias concretas nem tenho qualquer conhecimento sobre os procedimentos médicos, obstétricos ou científicos aplicáveis em tal situação. Mas, para não me esquecer de Mérope, abordarei a legislação brasileira sob a égide do princípio constitucional da autonomia dos pacientes e, de modo especial, das mulheres e gestantes, que têm direito à garantia de sua dignidade, autodeterminação, confiabilidade, aceitabilidade dos tratamentos médicos e, primordialmente, nos termos da Declaração de Pequim, **o direito ao controle de todos os aspectos de sua saúde sexual e reprodutiva**.

2. DA IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS.

É preciso lembrar a importância dos princípios.

Como ensina Marcelo Semer, princípios, tais como as regras, são normas, “não apenas conjuntos de valores e tampouco meras indicações programáticas, mas normas jurídicas, no sentido de que são válidas e que são aplicáveis. E, mais, são ainda referências para as regras, seja porque estão inscritos explicitamente na Constituição, seja porque dão coerência ao sistema que ela abriga. Princípios têm, como diz Canotilho, uma função estruturante no sistema jurídico, e, exatamente por isso, são fundamentos para as regras (apud Gomes, 2003:55)” (Princípios Penais no Estado Democrático, Coleção Para Aprender Direito, 1ª edição, São Paulo, 2014, Estúdio Editores.com, p. 29).

Os princípios, no dizer de Fábio Conder Comparato, “encimam a pirâmide normativa, são normas jurídicas e não simples recomendações programáticas” (O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos. In Direitos Humanos – Visões Contemporâneas, edição de Associação Juízes para a Democracia, 2001, p. 22).

E como ensina Bonavides, “a lesão ao princípio é indubitavelmente a mais grave das inconstitucionalidades, porque sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há garantia para as liberdades” (Curso de Direito Constitucional. 4ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 396).

Assim, não é possível adotar quaisquer procedimentos nem aplicar ou interpretar as leis ignorando os princípios, especialmente os princípios constitucionais e emergentes do sistema de garantia dos Direitos Humanos, que devem sempre prevalecer, tanto na aplicação como na interpretação da legislação e de todo o sistema normativo.

3. DO PRINCÍPIO DO DIREITO À LIBERDADE DA VIDA PRIVADA E DA AUTONOMIA.

Como dizem os versos da canção “Roda viva”, de Chico Buarque de Holanda, “a gente quer ter voz ativa, no nosso destino mandar”.

Esses versos sintetizam, com precisão, o significado do “direito à liberdade”, que, de acordo com o nosso sistema constitucional, como assevera o constitucionalista José Afonso da Silva, assegura a cada pessoa a possibilidade de autodeterminação, ou seja, o poder de autonomia, pelo qual ela escolhe por si mesma o seu comportamento pessoal, de acordo com a sua consciência, os seus valores e os seus interesses, desde que não atinja a esfera pessoal de terceiro (*Curso de Direito Constitucional positivo. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 233*).

Aliás, nesse particular, é preciso lembrar, também, os versos de Fernando Pessoa, na voz de seu heterônimo Álvaro de Campos, em seu poema Lisbon Rivisite (1923):

“Queriam-me casado, fútil, quotidiano e tributável?
Queriam-me o contrário disto, o contrário de qualquer coisa?
Se eu fosse outra pessoa, fazia-lhes, a todos, a vontade.
Assim, como sou, tenham paciência!
Vão para o diabo sem mim
Ou deixem-me ir sozinho para o diabo!
Para que havemos de ir juntos?”.

Com efeito, como lembra René Ariel Dotti, invocando Norvale Hawkin, no âmbito das liberdades individuais, há de ser garantido a todas as pessoas “*o inalienável direito de ir para o inferno à sua própria maneira, contanto que não lesem diretamente a pessoa ou a propriedade alheias*” (Morris, Norvale Hawkin, Gordon J., extraído de *The Honest Politician’s Guide to Crime Control*, encontra-se em parecer de: Dotti, René Ariel. Revista eletrônica de acesso restrito – imputação dos crimes previstos nos arts. 228 e 230 do CP, RT 818/456).

Como se vê, o exercício da liberdade no âmbito da intimidade da vida privada, de acordo com a nossa principiologia constitucional, encontra limites apenas na fronteira da alteridade, para garantir aos outros membros da comunidade o gozo dos mesmos direitos.

Lembrem-se do que ensina o constitucionalista acima invocado:

“Liberdade interna (chamada também de liberdade subjetiva, liberdade psicológica ou moral e especialmente liberdade de indiferença) é o livre-arbítrio, como simples manifestação da vontade no mundo interior do homem. Por isso, é chamada igualmente liberdade do querer. Significa que a decisão entre duas possibilidades

opostas pertence, exclusivamente, à vontade do indivíduo; vale dizer, é poder de escolha, de opção, entre fins contrários. (...) feita a escolha, é possível determinar-se em função dela. Isto é, se têm condições objetivas para atuar no sentido da escolha feita, e, aí, se põe a questão da liberdade externa. Esta, que também é denominada de liberdade objetiva, consiste na expressão externa do querer individual, e implica o afastamento de obstáculo ou de coações, de modo que o homem possa agir livremente. Por isso é que também se fala em liberdade de fazer, poder fazer tudo o que se quer”(op. cit. p. 231-232).

Portanto, é imprescindível garantir a todas as pessoas, no âmbito da liberdade interna, o direito à autonomia da escolha, o direito de decisão e opção entre duas possibilidades opostas ou fins contrários.

Mas, não haverá liberdade, nem será possível falar em autonomia, se não houver, também, a garantia da liberdade externa, ou seja, do direito de determinar-se de acordo com a escolha feita.

É imprescindível, pois, garantir condições objetivas para que as pessoas possam atuar no sentido da escolha feita por ela, afastando-se quaisquer obstáculos ou coações que impeçam a realização de sua opção ou de sua decisão pessoal.

E, em consequência, quando se trata de qualquer procedimento médico, é preciso reconhecer que todas as pessoas têm a liberdade interna de querer e tomar a decisão de aceita-los ou recusa-los, e, ainda, obviamente, a liberdade externa de agir conforme essa decisão, livremente, ou seja, a liberdade de submeter-se ou não a esse ou àquele procedimento médico.

Os valores humanos da intimidade e da vida privada são direitos individuais conexos ao próprio direito à vida, que compreendem “o direito de toda pessoa tomar sozinha as decisões na esfera da sua vida privada”³, dès que não cause danos a terceiros, obviamente.

O fundamental direito à liberdade, como qualquer outro direito, não é absoluto, mas somente poderá sofrer restrições se o seu exercício implicar prejuízo aos direitos fundamentais de terceiros.

O inciso X do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira confere ao ‘cidadão o direito de impedir que intrusos venham intrometer-se na sua esfera particular’ (Costa Jr., Paulo José da. *O direito de estar só – tutela penal da intimidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 32) e “o direito à liberdade de que cada ser humano é titular para escolher o seu modo de vida’ (Voto da Min. Cármen Lúcia, ADI 132-RJ, j. 05.05.2011).

Essa garantia fundamental, como afirma o Ministro Luiz Fux, do STF, “traduz-se na previsão de que o indivíduo mereça do Estado e dos particulares o tratamento de sujeito e não de objeto de direito, respeitando-lhe a autonomia, pela sua simples

³ O referido conceito, apresentado por José Afonso da Silva, foi estabelecido em decisão da Corte Suprema dos EUA, em 1965, no caso *Griswold x Connecticut*.

condição de ser humano. Assim sendo, incumbe ao Estado garantir aos indivíduos a livre busca de suas realizações de vida pessoal” (Voto do Min. Luiz Fux, STF, ADI 132-RJ).

Com efeito, como também já decidiu o Ministro Marco Aurélio, do STF, *“ninguém pode ser funcionalizado, instrumentalizado, com o objetivo de viabilizar o projeto de sociedade alheio” e que “a funcionalização é uma característica típica das sociedades totalitárias, nas quais o indivíduo serve à coletividade e ao Estado, e não o contrário” (Voto do Min. Marco Aurélio, STF, ADI 132-RJ).*

Quando se trata de respeito à vida privada, está-se a tratar, no fundo, de liberdade, pois *“o índice de liberdade de uma sociedade se mede pela autonomia concedida aos seus cidadãos para decidirem por si mesmos o seu próprio destino (Rosenfield, Denis Lerrer. Liberdade às avessas. O Estado de S. Paulo, 12.03.2012, p. A2).*

Assim, *“é indispensável que a pessoa tenha ampla liberdade de realizar sua vida privada, sem perturbação de terceiros” (Silva, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo cit., p. 185).*

Decididamente, *“la conducta realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros” (Ricardo Luis Lorenzetti, Juiz da Corte Suprema Argentina, proferidas no precedente “Arriola, Sebastián” – causa n. 9.080, registro A.891.XLIV, p. 31).*

Com efeito, *“ninguém, a não ser o próprio homem, é senhor de sua consciência, do seu pensar, do seu agir, estando aí o cerne da responsabilidade. Cabe ao Estado propiciar as condições desse exercício, mas jamais substituir o ser humano na definição das escolhas e da correspondente ação” (Ferraz Jr., Tercio Sampaio. Direito constitucional – Liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. Barueri: Manole, 2007. p. 195-196)”.*

Como se vê, não cabe ao Estado, nem aos médicos, nem a ninguém, substituir o ser humano na definição de suas escolhas ou impedi-lo de agir de acordo com essas escolhas.

E não se olvide que, como já decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos, *“com relação a esse direito à privacidade e sua relação com o princípio da autonomia pessoal, tem sido afirmado, no âmbito interamericano de proteção dos direitos humanos, que **o desenvolvimento do ser humano não está sujeito às iniciativas e cuidados do poder público.** Sob uma perspectiva geral, aquele possui, retém e desenvolve, em termos mais ou menos amplos, a capacidade de conduzir a sua vida, resolver sobre a melhor forma de fazê-lo, de valer-se de meios e instrumentos para esse fim, selecionando-os e utilizando-os com autonomia – inclusive para resistir ou rechaçar legitimamente a ingerência indevida e as agressões a ele direcionadas. **Isso exalta a***

ideia de autonomia e protege o ser humano de tentações opressoras, que podem ocultar-se sob um suposto desejo de beneficiar o sujeito, estabelecer suas conveniências e antecipar ou iluminar as suas decisões (CIDH en el caso Ximenes Lopes vs. Brasil, del 4 de julio de 2006, p. 10 del voto del Juez Sergio García Ramírez)".

É por isso que o jurista Juarez Tavares afirma que a norma contida no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, assegurando a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, desautoriza qualquer intervenção estatal sobre as condutas individuais, que, restritas à esfera individual, não tenham potencialidade para atingir bens ou interesses de terceiros.

Há uma afirmação, feita por Stuart Mill, há quase duzentos anos, que traduz com exatidão o alcance dessa garantia constitucional asseguradora da intimidade e da vida privada: *“Ninguém pode ser obrigado a realizar ou não realizar determinados atos, porque isso seria melhor para ele, porque o faria feliz ou porque, na opinião dos demais, seria mais acertado ou justo. Estas são boas razões para discutir, para ponderar ou persuadir, mas não para obrigar”* (in Critérios de seleção de crimes e cominação de penas, Revista Brasileira de Ciências Criminais, edição especial de lançamento, Revista dos Tribunais, São Paulo, dez. 1992, p. 75 a 85).

Com efeito, “o indivíduo não pode legitimamente ser compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, porque na opinião dos outros tal seja sábio ou reto. Essas são boas razões para o admoestar, para com ele discutir, para tentar persuadi-lo, para aconselha-lo, mas não para coagi-lo, ou para infligir-lhe um mal caso aja de outra forma. Para justificar a coação ou a penalidade, faz-se mister que a conduta de que se quer desviá-lo tenha em mira causar dano a outrem. (...). Naquilo que diz respeito unicamente a ele próprio, a sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre o seu próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano” (MILL, John Stuart. Sobre a liberdade. Trad. Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 53).

Portanto, no que diz respeito ao próprio paciente, se a sua escolha não acarreta danos ou prejuízos a terceiros, adotar o médico qualquer procedimento que desrespeite a autonomia e a manifestação de vontade do paciente, ainda que inspirado pela intenção de que “isso seria melhor para ele”, ou mesmo para salvar a sua vida, implica inexorável violação ao princípio constitucional garantidor da intimidade e da vida privada, albergado pelo sistema normativo e principiológico constitucional e de proteção dos Direitos Humanos.

É preciso, então, que o sistema de saúde e os profissionais que o integram estejam estruturados, capacitados e preparados, de forma consciente, para respeitar esse direito fundamental dos pacientes, para dialogar com eles, para fornecer-lhes, à exaustão, esclarecimentos e informações bastantes sobre os riscos e consequências de sua escolha, para aconselhá-los e até mesmo para tentar, com absoluto respeito e humildade, persuadi-los, mas, nunca, para coagi-los ou obriga-los a aceitar qualquer procedimento que contrarie a sua vontade.

Aliás, é exatamente isso o que está afirmado na “Declaração da Associação Médica Mundial sobre os Direitos do Paciente”, no capítulo “Direito à Autodeterminação”,

adotada na 34^o Assembleia Médica Mundial, em 1981, em Lisboa (Portugal), e emendada na 47^o Assembleia Geral, em 1995, na cidade de Bali (Indonésia):

“A) El paciente tiene derecho a la autodeterminación y a tomar decisiones libremente en relación a su persona. El médico informará al paciente las consecuencias de su decisión.

B) El paciente adulto mentalmente competente tiene derecho a dar o negar su consentimiento para cualquier examen, diagnóstico o terapia. El paciente tiene derecho a la información necesaria para tomar sus decisiones. El paciente debe entender claramente cuál es el propósito de todo examen o tratamiento y cuáles son las consecuencias de no dar su consentimiento”.

É o que também dispõe a Lei Orgânica da Saúde, em seu artigo 7^o, quando se refere à necessidade de respeito ao direito à autonomia dos pacientes: *“As ações e serviços públicos de saúde e os serviços contratados ou conveniados que integram o SUS, são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no artigo 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: III – Preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral”* (Lei nº 8.080/90).

E o direito de aceitar ou negar tratamentos também está consagrado no Código de Ética da Associação Médica Mundial (“O médico deve respeitar o direito de um paciente competente em aceitar ou negar o tratamento”) e, também, na CARTA DOS DIREITOS DOS USUÁRIOS DA SAÚDE, em seu artigo 4^o, inciso V: é DIREITO do usuário “o consentimento ou a recusa de forma livre, voluntária e esclarecida, depois de adequada informação, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo se isto acarretar risco à saúde pública” (Ministério da Saúde- Portaria nº 675/GM, de 30 de março de 2006).

Finalmente, é preciso lembrar que o Código de Ética Médica, de 2009, exige o respeito à autonomia, dispondo, a respeito, que “é vedado 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” (Capítulo IV, art. 24).

Portanto, se uma gestante, devidamente informada e consciente, opta, por exemplo, pela realização de um parto normal, o médico, posto que esteja convencido de que o correto seria a realização de uma cesariana ou de qualquer outro procedimento, deve, em princípio, respeitar a livre escolha da gestante (liberdade interna) e assegurar, por todos os meios disponíveis, a realização concreta e segura da escolha feita por ela (liberdade externa), podendo, obviamente, empreender tentativas de persuasão, dissuasão ou convencimento, desde que o faça com absoluto respeito à dignidade e à autonomia da gestante, mas sem praticar qualquer coação e sem exercer a sua autoridade para limitar ou impedir a efetivação da vontade da paciente gestante.

E não se olvide que na Declaração dos Objetivos da Declaração de Pequim, em sua Plataforma de Ação, ficou afirmado, no artigo 92, que, para o avanço da garantia dos

direitos das mulheres, é fundamental que elas tenham *o direito de controlar todos os aspectos de sua saúde*. E constou, também, do artigo 96, que os direitos humanos das mulheres incluem o seu direito de ter *controle sobre as questões relativas a sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, e a decidir livremente a respeito dessas questões, livres de coerção, discriminação e violência*.

É verdade que há, sim, uma hipótese excepcional, que permite ao médico, em situação extrema, desrespeitar a autonomia de seus pacientes, mas essa hipótese será analisada nos itens seguintes.

3. DO CRIME DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL (CP, art. 146).

O sistema penal é um instrumento de controle social que o Estado Democrático está autorizado a utilizar, em casos extremos, como *ultima ratio*, ou seja, como última alternativa, para proteger bens cuja relevância social e magnitude são reconhecidas por sua dimensão constitucional e pela necessidade de sua preservação em homenagem à dignidade humana.

E o direito à autonomia, fincado no princípio do respeito à liberdade e à vida privada, que tem dimensão constitucional e é imprescindível para a garantia da dignidade humana, foi eleito como um bem digno de proteção pelo sistema penal.

Com efeito, de acordo com o tipo do artigo 146 do Código Penal, constitui crime “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda”.

Trata-se de um crime contra a liberdade, que é um direito fundamental.

Portanto, qualquer procedimento médico adotado e realizado sem a concordância do paciente tipifica, em princípio, o crime de constrangimento ilegal.

Todavia, de acordo com o que dispõe o parágrafo 3º do artigo 146 do CP, “não constitui constrangimento ilegal a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, **se justificada por iminente perigo de vida**”.

Assim, no âmbito criminal, esse dispositivo permissivo admite a intervenção médica ou cirúrgica, contrariando a vontade, a liberdade e a autonomia do paciente, se houver **iminente perigo de vida**.

Duas conclusões, então, podem ser extraídas, de modo inexorável, desse dispositivo de exceção:

- a) se a intervenção médica ou cirúrgica é admitida na mencionada hipótese, todas as demais intervenções médicas ou cirúrgicas que não se enquadram nessa hipótese extrema constituem, indubitavelmente, constrangimento ilegal criminoso;
- e

b) somente não haverá crime se a intervenção médica ou cirúrgica for adotada, contrariando a vontade do paciente, nos casos extremos de **iminente perigo de vida**.

Portanto, não haverá crime se a intervenção médica ou cirúrgica for realizada para salvar a vida do paciente **em situação iminente perigo de vida**, mas, apenas e tão-somente, nesses casos, ou seja, nos casos de concreta iminência de morte.

E foi exatamente diante de uma situação extrema como essa que o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo decidiu, julgando um caso concreto, que “uma vez comprovado efetivo perigo para a vida da vítima, não cometeria delito nenhum o médico que, mesmo contrariando a vontade expressa dos por ela responsáveis, à mesma (paciente) tivesse ministrado transfusão de sangue” (RJDTACRIM 7/175).

Contudo, observe-se, somente não houve crime de constrangimento ilegal, nesse caso julgado, porque ficou caracterizado o *iminente perigo de vida*, nos exatos termos do § 3º do artigo 146 do CP.

E, segundo o jurista Luiz Regis Prado, “por perigo de vida entende-se a probabilidade concreta e iminente de um resultado letal. Não basta o mero prognóstico – ou a probabilidade remota ou presumida, condicionada a eventuais complicações –; exige-se perigo real, efetivo e atual, demonstrado por sintomas e sinais indiscutíveis de significativas repercussões sobre a vida orgânica” (Curso de Direito penal brasileiro. São Paulo: RT, 2000, v. 2, p. 272).

É o que também ensina o penalista Magalhães Noronha: “um perigo de vida remoto não justificaria a ação do médico; um mal físico que não o acarretasse, muito menos” (Direito Penal, São Paulo: Saraiva, 1965, v. 2, p. 184).

Heleno Cláudio Fragoso, outro insigne jurista, ensina, também, que **iminente perigo de vida** significa, exclusivamente, “**imediate probabilidade de morte**” (Lições de Direito Penal. São Paulo, Editor José Bushatsky, Editor, 1962, p. 186).

E o jurista Nelson Hungria, ex-ministro do STF, afirma que “o tratamento arbitrário só é declarado lícito quando justificado por *iminente perigo de vida*”, acrescentando, com exatidão, o seguinte:

“Não basta um simples perigo à saúde, **nem um remoto ou incerto perigo de vida. Cumpre que a intervenção médica ou cirúrgica se apresente necessária, urgente, inadiável, para conjurar a iminência da morte do paciente. É preciso que exista a realidade objetiva, concreta, do perigo de vida, que, certa ou muito provavelmente, segundo a indicação científica, será debelado pelo tratamento a aplicar. Não é suficiente uma possibilidade mediata do evento letal ou condicionada a eventuais complicações.** Torna-se

desautorizado o tratamento arbitrário mesmo nos caso em que, embora previsível a morte do enfermo, tenha este um período mais ou menos prolongado de sobrevivência” (Comentários ao Código Penal, Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. VI, p.107-171).

Como se vê, na realização de uma cesariana, por exemplo, contrariando a vontade da gestante, que escolheu o parto normal, somente não ficará caracterizado o crime de constrangimento ilegal se aquela intervenção cirúrgica justificar-se diante de um *iminente perigo de vida para a gestante*.

A opção médica, contrariando a autonomia da gestante, somente não será criminosa se a gestante estiver na *iminência de morte*, se houver *imediate probabilidade de morte*, se o *perigo de vida não for incerto ou remoto, mas imediato*.

E não haverá intervenção arbitrária, apenas e tão-somente, se a cesariana for necessária, urgente, inadiável, para conjurar a iminência da morte da paciente.

Decididamente, nesse exemplo, não será arbitrária a intervenção cirúrgica se existir realidade *objetiva e concreta* do perigo de vida, o qual somente poderá ser debelado, segundo a indicação científica, pelo procedimento elegido pelo médico.

Contudo, essa opção médica será arbitrária, e até mesmo criminosa, se fundamentada em uma possibilidade mediata do evento letal ou se a ocorrência da morte da gestante estiver condicionada a eventuais complicações.

Aliás, segundo o artigo 22 do Código de Ética Médica, é vedado ao médico “deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, *salvo em caso de risco iminente de morte*”.

E o artigo 31 do Código de Ética Médica, reforçando a necessidade e obrigatoriedade de respeito à autonomia do paciente, afirma que é vedado ao médico “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*”.

Como se vê, tanto para a legislação penal como para o Código de Ética Médica, a intervenção médica que contrariar a autonomia dos pacientes somente será admitida **se houver situação concreta e real de iminência de morte**.

Portanto, obviamente, nessa situação extrema, se há iminente perigo de vida e se a intervenção cirúrgica elegida pelo médico é urgente e inadiável para conjurar a iminência de morte, não há necessidade de se obter uma autorização judicial para esse procedimento médico excepcional.

Aliás, a demanda por uma autorização judicial é absolutamente incompatível com a situação fática e concreta de iminência de morte.

Ora, se a intervenção eleita pelo médico é urgente e inadiável, não há falar em busca de uma autorização judicial e está o médico autorizado a agir para debelar o perigo imediatamente; mas, se o perigo é remoto, se a possibilidade do evento letal é apenas mediato ou a ocorrência da morte está condicionada a eventuais complicações, se a intervenção eleita pelo médico não é urgente nem inadiável, está afastada a possibilidade de uma demanda judicial.

Contudo, de qualquer forma, é preciso lembrar, também, que esses dispositivos previstos no sistema penal repressivo e no sistema ético da medicina não estabelecem o dever do médico de contrariar a vontade do paciente nem obrigam o médico a realizar a intervenção não desejada pelo paciente diante do iminente perigo de vida.

Lembrem-se dos ensinamentos de Gisele Mendes de Carvalho a respeito:

“É cediço que todo e qualquer tratamento encontra-se condicionado à vontade do paciente de ser ao mesmo submetido. Assim, se o paciente adulto e mentalmente são, ao qual foram concedidas todas as informações necessárias a respeito da extensão de sua moléstia e das consequências e riscos da terapia, recusa, de modo consciente e responsável, submeter-se ao tratamento, caberá ao médico eximir-se de qualquer procedimento. É certo que o médico, em virtude da aceitação voluntária do dever de atuar, decorrente do exercício profissional, assume a responsabilidade de impedir o resultado, investindo-se na posição de garantidor do bem jurídico vida (art. 13, §2º, b, do CP). Todavia, **é de notar que esse dever limita-se à anuência do enfermo de sujeitar-se aos seus cuidados.** Nesse passo, a submissão forçada do paciente ao tratamento daria lugar ao delito de constrangimento ilegal (art. 146) e iria de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana. De outro lado, porém, a lei penal autoriza a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida (art. 146, § 3º, I). **Cuida-se de hipótese de estado de necessidade justificante, em que o ordenamento jurídico *faculta* a lesão ao bem de menor valor (liberdade individual) como único meio de salvar o bem de maior valor (vida humana).** Contudo, cumpre asseverar que, em que pese a primazia da vida humana em todos os casos, em um Estado de Direito Democrático e Social, a ponderação de interesses, que serve de lastro para aquela causa de justificação, deverá ter em conta a dignidade da pessoa humana como um critério corretor. Assim, ‘o Estado de necessidade será uma causa de justificação quando o mal causado seja menor que o que se tratava de evitar sempre que a conduta realizada não implique uma grave infração ao respeito devido à dignidade da pessoa humana’ (Cerezo Mir, José. Curso de Derecho Penal español, v. II, p. 270). Portanto, ainda que se trate de terapêutica vital, subsistiria para o paciente a faculdade de recusar-se à mesma, de acordo com a redefinição do direito à vida conforme à Constituição que aqui se propõe” (Aspectos Jurídico-penais da Eutanásia - vencedora do V

Concurso de Monografias Jurídicas do IBCCRIM, São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 160).

Como se vê nitidamente, mesmo diante da iminência da morte, o médico tem o dever de respeitar a autonomia do paciente, dès que, obviamente, a vontade do paciente seja manifestada de forma livre e consciente, depois de ter sido plena e exaustivamente informado sobre os riscos de sua escolha.

Os dispositivos permissivos acima mencionados apenas facultam ao médico atuar para salvar a vida do paciente e afastam a possibilidade de qualquer punição penal ou ética, mas não o obrigam a contrariar a vontade do paciente.

E, caso o médico respeite a vontade do paciente, não há falar em crime de omissão de socorro, como definido no artigo 135 do Código Penal, que tipifica a seguinte conduta: “deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, a criança abandonada ou extraviada, ou a pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública”.

Com efeito, como ensina Bento de Faria, “o que se reprime com esse dispositivo não é o procedimento indolente, mas a ação de não querer, livremente, dispensar a assistência, podendo ser prestada” (Código Penal Brasileiro – comentado, Rio de Janeiro: Distribuidora Record Editora, 1961, vol. IV, p. 128).

O médico, pois, tem o dever, antes da adoção de qualquer procedimento, de esclarecer e informar os pacientes, exaustivamente, sobre os seus riscos e vantagens, bem como sobre as possíveis alternativas, obtendo dele, então, o indispensável consentimento para a execução do procedimento terapêutico ou cirúrgico (CEM, art. 24).

Aliás, cabe ao médico, também, informar aos pacientes qual seria, de acordo com o seu convencimento, o procedimento adequado.

Mas, de qualquer forma, dès que esclarecido suficientemente, os pacientes têm o direito de escolher, ainda que a sua opção seja pela adoção de um procedimento mais perigoso ou arriscado.

E ao médico cabe respeitar a escolha e a opção do paciente, pois os dispositivos permissivos referidos não eliminam o direito constitucional e fundamental à autonomia dos pacientes.

Mas, de qualquer forma, como acima afirmei, e agora repito, caracterizado concretamente o iminente perigo de vida, nos estreitos limites de seu conceito e concepção, o médico não será punido, nem criminalmente, nem eticamente, se contrariar a vontade do paciente para salvar a sua vida, pois os referidos dispositivos normativos facultam-lhe essa atitude.

Como se vê, a solução desses casos não está exatamente nos limites fixados pela legislação, nem no âmbito do sistema penal, nem no âmbito punitivo da conduta médica, mas, sim, no campo principiológico e ético do relacionamento humano, que exige

respeito pela alteridade e pela dignidade humana, o que somente é atingível com mudanças de paradigmas, conscientização e introjeção dos valores e princípios que sustentam o sistema de proteção dos direitos humanos.

Decididamente, nenhum sistema repressivo tem função promocional.

É o que ensina Jorge de Figueiredo Dias: “Ao direito penal não deve caber uma função promocional que o transforme, de direito de proteção de direitos fundamentais, individuais e coletivos, em instrumento de governo da sociedade. Uma tal função não estaria de acordo com o fundamento de legitimação da intervenção penal, nem com o sentido dessa intervenção como *ultima ratio* da política social, nem com as exigências de salvaguardas do pluralismo e da tolerância conaturais às sociedades democráticas hodiernas” (Questões fundamentais do direito penal revisistadas. SP: RT, 1999, p. 73).

Portanto, não será jamais a criminalização ou a punição de condutas individualizadas que fará os profissionais da saúde respeitarem o direito à autonomia dos pacientes, mas, sim, a implantação de políticas de conscientização, que poderão ser desenvolvidas e implementadas no âmbito público e, também, na esfera de atuação dos movimentos e organizações sociais e das entidades de classe e profissionais, que têm, sobretudo, essa responsabilidade.

4. A GESTANTE, O PARTO E O DIREITO À AUTONOMIA.

Todas as pessoas têm o direito constitucional, embasado no sistema de garantia de Direitos Humanos inclusive, *à proteção de sua saúde, ao acesso a serviços médicos, ao desfrute do mais elevado nível de saúde física e mental e do recebimento de todas as informações para assegurar a sua saúde* (Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979), ratificada pelo Brasil em 1984, art. 10, h, 11, f e 12. 1; e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), ratificado pelo Brasil em 1992, art. 12.1).

E a Declaração de Pequim, além de afirmar que os *direitos das mulheres são direitos humanos*, garante a todas as mulheres **o direito de controlar os aspectos de sua saúde** (Declaração de Pequim, adotada pela Quarta Conferência Mundial Sobre as Mulheres: Ação para a Igualdade, Desenvolvimento e Paz -1995, artigos 14 e 17).

As gestantes, pois, têm todos esses direitos, mas, especialmente, o de serem informadas sobre todos os riscos e vantagens de todas as possibilidades de parto e procedimentos disponíveis e, obviamente, o direito de fazerem a sua escolha, no exercício de sua autonomia e de sua liberdade.

E ao obstetra, que tem o dever de informa-las, orientá-las e aconselha-las, cabe respeitar a opção consciente, livre e informada das gestantes, aceitando a expressão de sua autonomia, direito fundamental, pena de ficar caracterizada uma infração ética ou

mesmo configurado o crime de constrangimento ilegal caso as contrarie, o que poderá sujeita-lo à responsabilização criminal, profissional e indenizatória.

Assim, enquanto não ficar caracterizado concretamente, o *iminente perigo de vida*, nos termos do artigo 146, § 3º do CP e dos artigos 22 e 31 do CEM, não será possível contrariar a vontade da gestante e cabe ao médico realizar todos os procedimentos possíveis e disponíveis para garantir, com segurança, a saúde física e mental da gestante na busca da realização da vontade dela.

É verdade que, como diz Ernesto Sabato, “resignar-se é uma covardia, é o sentimento que justifica o abandono daquilo pelo qual vale a pena lutar; de certo modo, é uma indignidade” (A Resistência. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 112).

Assim, é evidente que o médico, se discordar da opção da gestante, poderá tentar persuadi-la, convence-la, dissuadi-la, sempre com total e profundo respeito à sua autonomia e à sua dignidade, mas, aceitando, sempre, a prevalência da autonomia da paciente, não poderá constrangê-la a um procedimento que, para ele, seria mais vantajoso para ela.

E, somente diante da concretização da situação extrema em menção, poderá o médico agir de acordo com a sua própria vontade, contrariando a vontade da gestante, mas, exclusivamente, para salvar a vida dela, dès que a conduta eleita pelo médico seja inadiável e urgente, diante da iminência da morte da gestante.

5. O FETO E O DIREITO À AUTONOMIA DA GESTANTE.

Com relação ao feto, a solução deve ser a mesma.

Lembre-se, inicialmente, de que a hipótese permissiva prevista no § 3º do artigo 146 do CP, bem como nos artigos 22 e 31 do CEM, que faculta ao médico contrariar a vontade da gestante nos casos de *iminente perigo de vida*, refere-se a uma situação legal de *estado de necessidade especial*.

E o *estado de necessidade geral*, do qual brota aquela hipótese especial, previsto no artigo 123, I do CP (excludente de ilicitude) é definido, no artigo 124 do CP, da seguinte forma: “*considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se*”.

Assim, para que a conduta do médico não configure o crime de constrangimento ilegal ao contrariar a vontade da gestante, realizando o parto da forma não desejada por ela, uma dessas hipóteses deve estar caracterizada: (a) ou a gestante está em uma situação concreta de iminente perigo de vida, o que justifica o procedimento do médico com fundamento na hipótese legal de estado de necessidade especial (CP, artigo 146, § 3º); ou (b) o feto está em situação de perigo concreto, que não pode ser evitado de outra forma, o que também justifica a conduta do médico, mas, agora, com fundamento na hipótese do estado de necessidade geral (CP, art. 24).

Portanto, é preciso lembrar os requisitos que o sistema jurídico exige para a caracterização do estado de necessidade, nos termos do artigo 24 do CP.

Lembre-se de que praticar um procedimento médico contra a vontade da gestante tipifica o crime de constrangimento ilegal (CP, art. 146).

Assim, realizar uma cesariana contra a vontade da gestante é, em princípio, uma conduta que tipifica o mencionado delito, ou seja, é uma conduta penalmente proibida.

Contudo, posto que típica (prevista no artigo 146 do CP), essa conduta do médico não será criminosa se ele agir em estado de necessidade, que é uma situação penalmente permitida (excludente de ilicitude).

Mas, para que realmente fique configurado o estado de necessidade, os requisitos dessa excludente de crime devem estar suficientemente caracterizados, nos limites gizados pelo artigo 24 do CP.

Em primeiro lugar, para a caracterização do estado de necessidade, é imprescindível que a conduta seja praticada para salvar um direito, próprio ou alheio, de um **perigo atual**.

E esse **perigo atual** não pode ser um perigo eventual ou abstrato, mas, sim, deve ser um **perigo concreto, real e objetivo**.

Com efeito, não há falar em perigo atual diante de uma situação de perigo futuro ou incerto ou remoto: “para o reconhecimento da excludente do estado de necessidade, que legitimaria a conduta do agente, é necessária a ocorrência de um perigo atual e, não, um perigo eventual e abstrato” (RJDTACRIM 11/135).

Como assevera Miguel Reale Júnior, “atual é o que é presente, subsiste, persiste” (Instituições de Direito Penal, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 164).

E, para Aníbal Bruno, o perigo que caracteriza o estado de necessidade “deve ser atual, isto é, deve estar presente no momento da ação ou na iminência de produzir-se (Direito Penal – Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1984, t. 1, p. 395).

É o que ensinam, também, Cezar Roberto Bitencourt (Tratado de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 365) e Rogério Greco (Curso de Direito Penal – Parte Geral. Niterói: Impetus, 2006, v. 1, p. 345/346).

Como se vê, como afirmam em uníssono os doutrinadores, **não se pode admitir o estado de necessidade se o perigo for remoto, futuro, incerto, dependente de**

condições futuras ou afirmado com base em mera probabilidade, pois a *atualidade* é um requisito imprescindível para a caracterização dessa excludente.

Em segundo lugar, para a caracterização do estado de necessidade, é também indispensável a configuração da **inevitabilidade**.

Com efeito, “a inevitabilidade do perigo é requisito indispensável para o reconhecimento da excludente do estado de necessidade” (RT 787/642).

O estado de necessidade somente ficará caracterizado “pela absoluta necessidade de delinquir (realizar a conduta típica) para salvaguarda de direito próprio ou alheio, que não possa ser por outro meio protegido” (Julgados do TACRIM/SP 36/319).

Assim, “para que se configure o estado de necessidade, é mister que o agente pratique o fato como recurso extremo, para salvar direito próprio ou alheio de perigo atual inevitável, e que só pode ser impedido através da violação do bem jurídico alheio. Sem comprovação de se tratar de recurso inevitável, de uma ação *in extremis*, não se caracteriza o estado de necessidade” (RJTACRIM 38/147).

Decididamente, quando o médico elege a cesariana, contrariando a vontade da gestante, que insiste na realização do parto normal, para que a conduta do médico não seja tipificada como crime de constrangimento ilegal, é imprescindível que o perigo para a vida do feto seja **atual** e, também, que a cesariana seja **inevitável**, isto é, que seja a única forma de debelar esse perigo concreto.

Lembre-se de que a realização de uma cesariana contra a vontade da gestante implicará violação ao direito constitucional da mulher à autonomia, o que exige, para a exclusão do crime, que essa conduta do médico seja necessária e inevitável como única forma de salvar a vida do feto.

É por isso que os tribunais pátrios têm decidido que, “para que seja reconhecida a excludente do estado de necessidade, é indispensável a demonstração da urgência e a inadiabilidade da ação do agente” (RJTACRIM 48/122).

Mas não é só!

Nos termos do artigo 24 do CP, para a configuração do estado de necessidade, também é indispensável a **inexigibilidade do sacrifício do bem ameaçado**, situação essa que deve ser aferida concretamente, de acordo com as circunstâncias específicas e reais de cada caso.

Assim, em uma situação concreta, se o médico estiver diante da iminência da morte, poderá contrariar a vontade da gestante que queria um parto normal, pois não é razoável exigir do médico, nessas circunstâncias, o sacrifício do feto para preservar a autonomia da gestante.

Definitivamente, portanto, realizar uma cesariana sem o consentimento da gestante, contrariando a sua vontade informada e consciente, caracteriza, em princípio, o

constrangimento ilegal (CP, art. 146), mas, a ilicitude desse procedimento médico poderá ser excluída se estiver configurada a iminência da morte da gestante ou do feto e, ainda, se o procedimento obstétrico elegido pelo médico nessa situação extrema e de urgência for a única alternativa cabível e, por isso, inadiável, para salvar a vida da gestante o feto, não sendo razoável, apenas nessa hipótese extrema, exigir-se do médico o sacrifício da vida para preservar a autonomia da gestante.

Portanto, de acordo com os princípios que justificam o estado de necessidade como excludente de ilicitude, diante da concreta iminência da morte, diante do perigo atual a que o feto estiver exposto, o sacrifício da autonomia da mulher é tolerado pelo sistema criminal, bem como pelo sistema ético do exercício da medicina, se a conduta típica, ou seja, o constrangimento, é praticado para salvar a vida, mas apenas nessa hipótese extrema.

6. DIREITO À INFORMAÇÃO.

Ao comentar o artigo 22, do Capítulo sobre Direito Humanos, do CEM, Eduardo Dantas e Marcos Coltri asseveram que esse dispositivo “deixa explícito e vidente dois pilares deste Código de Ética Médica: *direito à informação e autonomia do paciente*. Na realidade, se analisado mais detidamente, a informação é pressuposto da autonomia. Isso porque o paciente somente conseguirá exercer o seu direito à autonomia se tiver recebido a melhor e mais completa informação sobre o caso. Na hipótese de informação ser defeituosa, a autonomia do paciente estará comprometida” (Comentários ao Código de Ética Médica. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 105).

Têm razão os mencionados juristas: o processo de informação não pode falhar, nem pode ser insuficiente ou defeituoso, pena de prejudicar o exercício do direito à autonomia.

Aliás, a garantia do direito à informação plena e suficiente é tão importante que, “para a caracterização da infração ética independe se o serviço foi prestado corretamente ou se o paciente veio a sofrer algum dano. Para a consumação da infração, basta que o médico deixe de obter o consentimento esclarecido do paciente” (op. cit. p. 109).

Lembre-se o disposto no artigo 31 do CEM, que disciplina a relação do médico com o seu paciente, vedando o desrespeito ao direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

E esse dispositivo, obviamente, como afirmam Dantas e Coltri, não nega, nem contraria do princípio bioético da autonomia dos médicos:

“Nos primeiros anos do século XXI, a medicina amplia o movimento no sentido de desprender-se de um arraigado e milenar paternalismo em sua relação com o paciente, começando a assumir e adotar um novo respeito por sua autonomia. Nesse sentido, novos padrões de atuação para garantir a dignidade do paciente estão sendo criados e adotados – em um reconhecimento de que os profissionais de saúde não devem ser os únicos responsáveis na escolha das possibilidades terapêuticas, e que o caminho pode estar no processo compartilhado de tomada de decisões.

A relação é, sem dúvida, desigual, mas não apenas em virtude do conhecimento técnico dos profissionais de saúde, mas também em razão da situação em que se encontram os pacientes, no seio de uma relação padrão. Normal perceber que os médicos assumem o controle, e usam de sua autoridade profissional para tomar decisões por seus pacientes. A intimidação e a coerção são métodos que se tornam quase naturais em uma relação de hipossuficiência” (op. cit. p. 145-146).

Como se vê, o processo de tomada de decisão do paciente passa por caminhos tortuosos e espinhosos, com imensas dificuldades e inúmeros obstáculos, que, no entanto, devem ser superados, mas, sempre com respeito e em homenagem ao direito à autonomia dos pacientes, que têm esse direito garantido por nosso sistema constitucional de proteção dos Direitos Humanos.

Como asseveram os mencionados doutrinadores, “difícil entender, ou mesmo imaginar, um profissional de saúde aceitando uma recusa de tratamento, ou mesmo ver o que lhe parece o caminho terapêutico mais lógico e adequado ao caso ser contestado por seu paciente. Mais difícil ainda imaginá-lo cruzando os braços e aceitando passivamente uma decisão que sabe, por sua experiência, que irá acarretar graves danos, por vezes irreversíveis, ou mesmo a morte do paciente. Todavia, há que perceber esse profissional os limites de sua atuação, de acordo com a lei, e os ditames éticos de sua atividade. Neste caso, comandos precisam ser levados em consideração, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, alçado à categoria de fundamento da República (e de todo o ordenamento jurídico) por força de texto constitucional, e o respeito à liberdade de crença religiosa e a autodeterminação do paciente” (op. cit. p. 147).

Assim, para evitar desencontros e desentendimentos, confrontos e dissabores, bem como decisões extremas, é imprescindível que, na relação médico-paciente, o processo de informação seja mantido, conduzido e aprofundado com absoluta prioridade e competência pelos médicos e por todos os profissionais da saúde.

Aliás, o ideal seria que desse processo de informação participassem, não apenas os médicos, mas, também, os demais profissionais da rede de atenção à saúde, como psicólogos e assistentes sociais, para que o exercício da autonomia fosse efetivamente garantido aos pacientes.

Enfim, para a garantia dos Direitos Humanos dos pacientes e, em especial, para a salvaguarda da dignidade das gestantes, tudo deve ser feito para que o direito à informação, como pressuposto ao exercício de sua autonomia, seja garantido plenamente e de forma eficiente e bastante.

A Convenção sobre eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (1979), ratificada pelo Brasil em 1984, garante a todas as mulheres **o direito à proteção de sua saúde** (art. 11, letra f) e **o direito ao acesso a serviços médicos** (art. 12.1), mas, sobretudo, **o direito à informação** (art. 10, letra h)

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), ratificado pelo Brasil em 1992, garante a **todas as pessoas o direito de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental** (art. 12.1).

A Declaração de Pequim, adotada pela Quarta Conferência Mundial sobre as Mulheres: Ação para a Igualdade, Desenvolvimento e Paz (1995) afirma que **os direitos das mulheres são direitos humanos** (art. 14) e garante a elas **o direito de controlar os aspectos de sua saúde** (art. 17).

Aliás, segundo Declaração dos Objetivos para a implantação dos direitos previstos na Declaração de Pequim, para que a mulher possa viver de forma produtiva e satisfatória, é fundamental que elas tenham **o direito de controlar todos os aspectos de sua saúde** (itens 92 e 96).

Além disso, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 25.2), o Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art.10.2), a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (5.b e 12.2), a Declaração de Pequim e Plataforma de Ação Pequim +5 (art. 94-5, 97, 110-11, Pequim +5 – 11-12, 72-9) e o Programa de Ação do Cairo (94; 8.19 - 8.24, Cairo +5 62, 64-6), afirmam que **as mulheres têm o direito à autodeterminação reprodutiva**.

E, segundo os Comentários Gerais sobre a Saúde, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC), para a garantia do direito à saúde, devem ser garantidos, de modo imprescindível, a todos os pacientes, **a acessibilidade, a qualidade, a disponibilidade e a aceitabilidade com respeito à confiabilidade** (Parte III, Capítulo 6/3, parágrafo 12).

Mas, se **o direito de receber informações** não for garantido de forma eficaz e eficiente, como exigem a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 19) e o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 19), nenhum dos demais direitos poderá ser garantido ou exercido com plenitude.

Assim, no caso da cesariana forçada de Torres, é preciso admitir que, em algum momento e por algum motivo, esse processo de informação falhou.

Ora, se a gestante, *por fas ou por nefas*, escolhe um parto normal, acreditando que essa é a melhor opção, mas, obviamente, sem querer a morte do feto, sem nem mesmo considerar ou aceitar a ocisão fetal, é evidente que ela concordará com a realização de uma cesariana, em uma situação extrema, para salvar a vida do feto, diante

da iminência da morte, dêis que, obviamente, ela esteja suficientemente informada e confie no médico.

Considerar, nessa situação, apenas a vontade da gestante de realizar o parto normal, desconsiderando a sua vontade de parir o filho com vida, significa estabelecer, um falso problema e ignorar que a gestante, ao optar pelo parto normal, contrariando a indicação médica, não está querendo a morte de seu filho, mas, sim, que ele nasça com vida, indubitavelmente.

Portanto, o ideal seria que todos os procedimentos de acolhimento e informação fossem conduzidos com absoluta transparência, humanidade e total respeito à autonomia da gestante, para que ela esteja plenamente consciente, confiante e segura de que a sua vontade será respeitada e de que o médico irá empenhar todos os esforços técnicos, profissionais e pessoais para realizar o parto de acordo com a sua escolha, mas, que, se por ventura, concretamente, surgir uma situação extrema de iminência de morte, ele poderá realizar a cesariana, para salvar a vida dela ou de seu filho, com o que, certamente, ela irá concordar.

7. CONCLUSÃO

Na relação médico paciente, novos paradigmas devem ser introjetados, com consciência e responsabilidade, por todos os profissionais que atuam no sistema de saúde, os quais não podem adotar, diante da autonomia dos pacientes, qualquer postura paternalista, autoritária, defensiva ou autista.

É preciso ter consciência da importância dos princípios e, especialmente, dos princípios constitucionais e de garantia da dignidade e dos direitos humanos, os quais devem prevalecer na relação médico-paciente, como o princípio do direito à liberdade e da vida privada, do qual é corolário o princípio da autonomia dos pacientes.

Todas as pessoas, e os pacientes em especial, no âmbito da liberdade interna, têm o direito à autonomia da escolha, isto é, o direito de decisão e opção entre duas possibilidades opostas ou fins contrários, mas, também, o direito ao exercício da liberdade externa, ou seja, o direito de determinar-se de acordo com a escolha feita.

O sistema de saúde e os profissionais que o integram devem estar capacitados e preparados, de forma consciente, para respeitar esse direito fundamental dos pacientes, para dialogar com eles, para fornecer-lhes, à exaustão, esclarecimentos e informações bastantes sobre os riscos e consequências de sua escolha, para aconselhá-los e até mesmo para, com absoluto respeito e humildade, tentar persuadi-los, mas, nunca, para coagi-los ou obriga-los a aceitar qualquer procedimento que contrarie a sua vontade.

E é preciso estar consciente de que qualquer procedimento médico adotado e realizado sem a concordância e consentimento do paciente pode tipificar, em princípio, o crime de constrangimento ilegal e, também, infração ética no sistema de controle da atuação médica.

Assim, para que a conduta do médico não configure o crime de constrangimento ilegal ao contrariar a vontade da gestante, realizando o parto da forma não desejada por ela, uma dessas hipóteses deve estar caracterizada: (a) ou a gestante está em uma situação concreta de *iminente perigo de vida*, o que justifica o procedimento médico inadiável e urgente com fundamento no estado de necessidade especial (CP, artigo 146, § 3º); ou (b) o feto está em situação atual de perigo concreto (*atualidade*), a qual não pode ser evitada de outra forma (*inevitabilidade*), o que também justifica a conduta emergencial do médico, com fundamento no estado de necessidade geral (CP, art. 24).

Entretanto, antes de qualquer decisão ou atitude, deve o médico lembrar-se de que todas as pessoas e, em especial, as mulheres e gestantes têm o direito constitucional, embasado no sistema de garantia de Direitos Humanos, de *proteção de sua saúde, acesso a serviços médicos, desfrute do mais elevado nível de saúde física e mental, controle de todos os aspectos de sua saúde, autodeterminação reprodutiva, acessibilidade, qualidade, disponibilidade, aceitabilidade com respeito à confiabilidade e recebimento de todas as informações para assegurar a sua saúde.*

Decididamente, há de ser lembrado o ensinamento de Ronald Dworking, que assevera o seguinte: **“é melhor reconhecer o direito geral à autonomia e respeitá-lo sempre, em vez de nos reservarmos o direito de interferir na vida de outras pessoas sempre que acreditarmos que tenham cometido um erro”** (Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 343)