

A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO NA RECUSA TERAPÊUTICA DA GESTANTE: UMA ANÁLISE CRÍTICA AO ART. 5º, §2º DA RESOLUÇÃO 2232/2019 DO CFM

THE DOCTOR'S RESPONSIBILITY IN THE PREGNANT WOMAN'S THERAPEUTIC REFUSAL: A CRITICAL ANALYSIS OF ARTICLE 5, §2 OF CFM RESOLUTION 2232/2019

LA RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO EN LA RECHAZO DE LA TERAPIA POR PARTE DE LA MUJER EMBARAZADA: UN ANÁLISIS CRÍTICO DEL ART. 5º, §2º DE LA RESOLUCIÓN CFM 2232/2019

Ana Caroline Rodrigues Amoedo¹

RESUMO

O presente trabalho se propõe a examinar de forma crítica a responsabilidade atribuída ao médico pelo art.5º, parágrafo segundo da Resolução 2232/2019 nas situações de recusa de tratamento da gestante, especialmente em casos mais complexos que demandam muito além da habilidade técnica do profissional de saúde, uma análise profunda pautada nos princípios bioéticos, no ordenamento jurídico e entendimentos jurisprudenciais. Para tanto, adotou-se a metodologia de revisão bibliográfica, em Resoluções do Conselho Federal de Medicina, na legislação brasileira e jurisprudências dos tribunais superiores. Em conclusão, ficou evidente que mesmo havendo expressa proteção do Conselho Profissional para o atuar médico nas situações de recusa terapêutica da gestante, quando configurado “abuso de direito”, por se tratar de tema tão sensível, que divide opiniões, ainda há uma grande insegurança, acabando os médicos e instituições de saúde por acionar a justiça para ampará-los na tomada de decisão. Posto isso, com o constante aprofundamento dos estudos da bioética que tem aberto relevantes discussões para ajudar a solucionar casos delicados como os trazidos ao longo desse trabalho, duas soluções apresentadas para a efetividade e segurança na tomada de decisões dos médicos nas situações mais sensíveis de recusa de tratamento médico pela gestante, podendo gerar risco à saúde do feto, é a criação de Comitês de Bioética nas instituições de saúde, além da implementação do Poder Judiciário dentro dos hospitais, por meio de núcleos de mediação e conciliação, compostos por profissionais de áreas diversas, com experiência nas relações de saúde, como forma de reduzir a litigiosidade dos conflitos.

Palavras-chave: Recusa de Tratamento. Gestante. Nascituro. Autonomia. Abuso de Direito. Responsabilidade do Médico.

ABSTRACT

The present work aims to critically examine the responsibility attributed to the doctor by article 5, second paragraph of Resolution 2232/2019 in situations of refusal of treatment for pregnant women, especially in more complex cases that demand far beyond the technical skill of the professional. of health, an in-depth analysis based on bioethical principles, the legal system and jurisprudential understandings. To this end, the methodology of bibliographical review was adopted, in Resolutions of the Federal Council of Medicine, in Brazilian legislation and jurisprudence of higher courts. In conclusion, it was evident that even though there was express protection from the Professional

Recibido: 12/08/2024 | Aceptado: 12/09/2024 | Publicación en línea: 18/12/2024.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución- NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Pós-Graduada *Lato Sensu* em Direito das Famílias e Sucessões, Faculdade Cers, Salvador, Bahia, Brasil. E-mail: acramoedo@gmail.com

Council for medical action in situations of therapeutic refusal by pregnant women, when constituted as “abuse of rights”, as it is such a sensitive topic, which divides opinions, there is still great insecurity, with doctors and health institutions ending up taking legal action to support them in decision-making. That said, with the constant deepening of bioethics studies that have opened relevant discussions to help resolve delicate cases such as those brought up throughout this work, two solutions presented for effectiveness and safety in doctors' decision-making in the most sensitive situations of refusal of medical treatment for the pregnant woman, which may pose a risk to the health of the fetus, is the creation of Bioethics Committees in health institutions, in addition to the implementation of the Judiciary within hospitals, through mediation and conciliation centers, composed of professionals from areas diverse, with experience in health relations, as a way of reducing the contentiousness of conflict.

Keywords: Refusal of Treatment. Pregnant. Unborn. Autonomy. Abuse of Rights. Doctor's Responsibility.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo examinar críticamente la responsabilidad atribuida al médico por el artículo 5, segundo párrafo de la Resolución 2232/2019 en situaciones de negativa de tratamiento a mujeres embarazadas, especialmente en casos más complejos que exigen mucho más allá de la habilidad técnica del profesional. de la salud, un análisis profundo basado en principios bioéticos, el ordenamiento jurídico y entendimientos jurisprudenciales. Para ello, se adoptó la metodología de revisión bibliográfica, en Resoluciones del Consejo Federal de Medicina, en la legislación brasileña y en jurisprudencia de tribunales superiores. En conclusión, se evidenció que si bien existió protección expresa por parte del Consejo Profesional para la actuación médica en situaciones de negativa terapéutica por parte de la mujer embarazada, cuando se constituye como “abuso de derecho”, por ser un tema tan sensible, que divide opiniones, Todavía hay una gran inseguridad, y los médicos y las instituciones de salud terminan emprendiendo acciones legales para apoyarlos en la toma de decisiones. Dicho esto, con la constante profundización de los estudios de bioética que han abierto discusiones relevantes para ayudar a resolver casos delicados como los planteados a lo largo de este trabajo, se presentan dos soluciones para la efectividad y seguridad en la toma de decisiones de los médicos en las situaciones más sensibles de rechazo de tratamiento médico a la mujer embarazada, que puede representar un riesgo para la salud del feto, es la creación de Comités de Bioética en las instituciones de salud, además de la implementación del Poder Judicial dentro de los hospitales, a través de centros de mediación y conciliación, integrados por profesionales de áreas diversas, con experiencia en relaciones de salud, como forma de reducir la litigiosidad de conflictos.

Palabras clave: Rechazo de Tratamiento. Mujer Embarazada. no Nacido. Autonomía. Abuso de Derechos. Responsabilidad del Médico.

INTRODUÇÃO

O processo de uma gravidez implica adoção de cuidados pela mulher gestante, em observância aos preceitos médicos, visando o bem-estar tanto da mãe como do feto. Todavia, em algumas situações a gestante não deseja adotar o tratamento médico recomendado, seja por razões de cunho pessoal, moral ou religioso.

Nesses casos, de recusa de tratamento pela gestante, também chamada de recusa terapêutica nesse trabalho, em razão da Resolução do Conselho Federal de Medicina de nº 2232/2019, foi atribuído ao médico o dever de identificar se a situação se trata de abuso de direito para decidir como prosseguir.

Isso porque, segundo a referida Resolução, o médico não precisa aceitar a recusa de

tratamento pela gestante se caracterizada abuso de direito, conceito este pouco claro na norma do CFM, acabando por conferir excessiva amplitude das hipóteses nas quais o médico pode impor à gestante a realização de determinados tratamentos/procedimentos.

Dessa forma, nasce um conflito entre a autonomia da gestante e os direitos do nascituro, que embora analisados no caso concreto, geram um incômodo na grande responsabilidade depositada no médico de identificar e resolver tais situações.

Esse artigo se propõe então a examinar de forma crítica a posição do médico nas situações de recusa de tratamento da gestante, especialmente em casos mais complexos que demandam muito além da habilidade técnica do profissional de saúde, uma análise profunda pautada nos princípios bioéticos, no ordenamento jurídico e entendimentos jurisprudenciais.

Por fim, cumpre frisar que foram escolhidos os métodos hermenêutico e sociológico para a análise da legislação existente, tendo em vista que esses entendem pela adaptação do sentido da lei às realidades e exigências sociais.

A seguir, o artigo será ainda dividido em 03 capítulos. O primeiro vai tratar da recusa de tratamento de saúde pela gestante, fazendo um panorama geral desse direito previsto em Resolução do CFM, abordando ainda em dois subtópicos o princípio bioético do respeito a autonomia para analisar a situação na perspectiva da gestante e os direitos do nascituro. O segundo capítulo promove reflexões acerca de possíveis situações de “abuso de direito” da gestante com feto/nascituro, descrito no art. 5º, parágrafo 2º da Resolução 2.2323/2019. Por fim, o capítulo terceiro faz uma análise crítica sobre a responsabilidade imposta ao médico de identificar uma situação de abuso de direito pela gestante e decidir como prosseguir, propondo soluções para levar mais segurança jurídica nas tomadas de decisões nas instituições de saúde em casos sensíveis de recusa de tratamento pela paciente gestante.

A RECUSA DE TRATAMENTO PELA GESTANTE

Inicialmente, faz-se necessário conceituar “recusa terapêutica”, termo usado pelo Conselho Federal de Medicina na Resolução nº 2232/2019 para nomear a objeção do(a) paciente ao tratamento médico proposto.

Nesse sentido, a citada Resolução traz normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente, conceituando em seus artigos 1º a recusa terapêutica como “um direito do paciente a ser respeitado pelo médico, desde que esse o

informe dos riscos e das consequências previsíveis da sua decisão”².

Já em seu art. 2º, a Resolução do CFM estabelece como primeiro critério para o exercício da recusa de um tratamento médico eletivo, que no momento da decisão, o paciente seja “maior de idade, capaz, lúcido, orientado e consciente”³. Nesse ponto, há espaço para questionamentos, bem explicita Vinícius Venancio Consta⁴:

Poder-se-ia questionar o significado de “lúcido”, termo inexistente na legislação brasileira – que, ressalta-se, desde a Lei 13.145/2015, que teve origem da ratificação pelo Brasil na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, eliminou o do rol de pessoas incapazes aqueles que tivessem algum grau de deficiência intelectual. Também poder-se-ia questionar o significado de “consciente”, pois se uma pessoa está orientada, não estaria já com plena consciência de sua decisão? Poder-se-ia, por fim, questionar a legalidade de um ato administrativo emitido por uma autarquia para estabelecer requisitos não previstos em lei.

Ocorre que, o cerne da questão gira em torno especialmente do art. 5º, caput, da Resolução CFM nº 2232/2019 que dispõe que “A recusa terapêutica não deve ser aceita pelo médico quando caracterizar abuso de direito”, continuando em seu parágrafo 2º, “a recusa terapêutica manifestada por gestante deve ser analisada na perspectiva do binômio mãe/feto, podendo o ato de vontade da mãe caracterizar abuso de direito dela em relação ao feto”.

Isto é, busca-se refletir no presente trabalho a responsabilidade imposta aos médicos pela Resolução do CFM, de identificar uma situação de abuso de direito pela gestante ao recusar determinado tratamento, o que sequer foi esclarecido pela norma, e agir a partir disso.

Frise-se ainda, que para fins desse artigo, não se utilizará o termo mãe/materno, substituindo-o por gestante, tendo em vista que outras pessoas podem gestar, como as transexuais ou não-binárias.

O máximo que o CFM esclarece tais premissas é que embora não avance numa posição sobre o status jurídico do nascituro, reconhece que, para o médico, no pré-natal, o feto também é um paciente. Dessa forma, traz como exemplo de abuso de direito a gestante que se recusa a se submeter a cesariana, pondo em risco a vida do feto que está em sofrimento fetal. A autarquia afirma que nessa situação, o médico pode não aceitar a recusa de tratamento pela gestante, já que

²CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2.232, de 17 de julho de 2019. Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente. Diário Oficial da União, Brasília DF, 17 jul. 2019.

³*Idem*.

⁴ VENANCIO, Vinicius Costa. Recusa pela gestante do tratamento médico recomendado: implicações jurídicas. Dissertação apresentada à Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências no Programa de Obstetrícia e Ginecologia, São Paulo/SP, 2022, p. 16-17.

sua decisão pode afetar diretamente a vida do feto ou da própria gestante.⁵

Ato contínuo, dispõe que o abuso de direito da gestante sobre o feto depende do caso concreto, não devendo rotular situações teóricas como abusivas, retornando para o ponto crucial do presente trabalho, que é a lacuna jurídica e ética na situação de recusa de tratamento médico pela gestante e a imensa responsabilidade depositada no profissional de saúde de interpretar e decidir sobre uma problemática extremamente sensível.

Pois bem.

Tal disposição foi tão polêmica após a publicação da Resolução, que o Ministério Público Federal, sob a alegação de que o texto cerceava a autonomia das mulheres, ajuizou ação civil pública na 2ª Vara Cível Federal de São Paulo (nº 5021263-50.2019.4.03.6100)⁶, buscando a revogação do art. 5º, parágrafo 2º, bem como a declaração de ineficácia dos artigos 6º e 10º da Resolução do CFM Nº 2232/2019.

Apontou o MPF que “a Resolução CFM nº 2232/2019 autoriza uma medicina autoritária e a imposição de procedimentos não desejados pela mulher”⁷, citando como exemplo que⁸:

As pesquisas demonstram que a maior parte das mulheres deseja o parto normal, mas são finalmente conduzidas a partos cirúrgicos desnecessários, seja por conveniência médica, seja por dissuasão durante o pré-natal, o que faz do Brasil um dos “campeões mundiais” em números de partos cirúrgicos. De sua parte o Conselho Federal de Medicina nada faz contra esse alarmante cenário.

A leitura atenta da Resolução ora questionada, em especial parágrafo 2º do artigo ° já indica que a intenção do Conselho Federal de Medicina é legitimar casos de internação compulsória de gestantes que se recusam a partos cirúrgicos.

O CFM, com a Resolução CFM 2232/2019, orienta médicos a agirem contrariamente ao Código de Ética Médica e contra o Código Penal.

Inicialmente, o requerimento foi aceito de forma parcial pela Justiça, que suspendeu a eficácia do art. 5, parágrafo 2º, da Resolução 2232/2019 em decisão liminar, sob o argumento de que o termo “abuso de direito”, confere excessiva amplitude das hipóteses nas quais o médico pode impor à gestante procedimento terapêutico, pois não limitado às situações de risco à vida e saúde do feto e/ou gestante.

⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. CFM esclarece pontos da Resolução que trata da recusa terapêutica e objeção de consciência. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/noticias/cfm-esclarece-pontos-da-resolucao-que-trata-da-recusa-terapeutica-e-objecao-de-consciencia>>. Acesso em: 01 dez. 2023.

⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1). Sentença. Número: 5021263-50.2019.4.03.6100 Classe: Ação Civil Pública Cível. 2ª Vara Cível Federal de São Paulo

⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1). Petição inicial. Número: 5021263-50.2019.4.03.6100 Classe: Ação Civil Pública Cível. 2ª Vara Cível Federal de São Paulo.

⁸ *Idem*

Ocorre, que ao término da instrução, o próprio Juízo de primeiro grau proferiu sentença, por dar razão à autarquia, reconhecendo a improcedência dos pedidos do Ministério Público Federal. Com isso, a liminar foi cassada e mantida integralmente a Resolução do CFM⁹, nos seguintes termos:

Em realidade, me parece que o parágrafo 2º, que ressalta o direito de garantir a vida do feto, somente ressalta o inciso I do artigo 5º, que prevê a possibilidade de o médico não aceitar a recusa terapêutica na hipótese de risco à vida de terceiro. Na previsão do parágrafo 2º, o terceiro é o feto. Há que se ressaltar que a recusa da gestante pode não se dar somente no momento do parto, mas também, como ressaltado no I.C., por exemplo, em a mãe recusar tratamento que seguramente salvaria a vida do feto, como citado, o caso de dependente química, grávida, que recusa tratamento. Caso seja comprovado que o médico procedeu a intervenção desautorizada pela paciente sem que tenha existido risco para o feto, este profissional deverá ser responsabilizado mediante processo administrativo, cível e penal. Entretanto, retirar do profissional a possibilidade de realizar uma intervenção sem o respaldo de uma norma expressa, pode inibir eventuais atitudes que salvariam a vida de um bebê. Assim, entendo deva ser rejeitado o pedido efetuado na inicial, estando, o parágrafo 2º do artigo 5º, bem como o artigo 6º e o 10º, sustentados pelas Normas Constitucionais de Direito à Vida e, especificamente o parágrafo 2º, pela defesa dos interesses do nascituro. Acrescente-se que, na hipótese de risco à vida, seja do próprio paciente, de terceiro ou do feto, entendo não haver quebra do dever de sigilo, na determinação de que o profissional se reporte a autoridade, seja do hospital, policial ou administrativa. Posto isto, julgo improcedente o pedido e cassa a antecipação de tutela concedida, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil¹⁰.

Diante da sentença de improcedência e cassação da antecipação de tutela deferida no juízo de origem, o Ministério Público Federal interpôs Recurso de Apelação com pedido de efeito suspensivo, aduzindo estarem presentes os requisitos autorizadores, quais sejam, lesão grave e de difícil reparação e probabilidade do provimento do recurso em razão da relevante fundamentação.

Em defesa pela manutenção da sentença, o CFM sustenta que houve uma interpretação equivocada do texto da norma, alegando que suas normas asseguram o direito à autonomia de vontade do paciente e que o art. 5, §2º da Resolução 2232/2019 não autoriza o médico a realizar procedimento contrário à vontade da gestante, mas tão somente o autoriza a interromper a relação médico-paciente, impondo-o o dever de comunicar ao diretor técnico do estabelecimento de saúde para darem continuidade a assistência à gestante.¹¹

Ato contínuo, com relação aos artigos 10 e 11 da Resolução n. 2232/2019, o CFM defende

⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Justiça restabelece norma que respeita decisão do médico em partos de urgência. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/noticias/justica-restabelece-norma-cfm-que-respeita-decisao-do-medico-em-partos-de-urgencia>>. Acesso em 20 nov 2023.

¹⁰BRASIL. Tribunal Regional Federal (1). Sentença. Número: 5021263-50.2019.4.03.6100 Classe: Ação Civil Pública Cível. 2ª Vara Cível Federal de São Paulo.

¹¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1). Manifestação. Número: 5021263-50.2019.4.03.6100 Classe: Ação Civil Pública Cível. 2ª Vara Cível Federal de São Paulo.

que o médico não está autorizado a ignorar a vontade do paciente, mas sim em situações excepcionais, a agir no intuito de preservar o bem maior: a saúde e a vida.¹²

Então, marcando mais uma reviravolta de uma das batalhas do CFM no que tange seu poder de legislar, a Desembargadora Relatora Mairan Gonçalves Maia Júnior, concedeu a tutela antecipada anteriormente conferida, determinando a suspensão da eficácia do § 2º do artigo 5º da Resolução CFM nº 2232/2009, além de suspender parcialmente a eficácia dos artigos 6º e 10º da mesma resolução, estes somente em relação à assistência e atendimento ao parto, com a ampla divulgação desta decisão à classe médica, sob o seguinte fundamento:

A leitura dos dispositivos impugnados, em análise perfunctória, sugere incidir a norma em ilegalidade, por violar a autonomia de vontade de parturientes, valendo-se de conceitos amplos e imprecisos que extrapolam os limites legais.

Com efeito, não cabe à Resolução, ato infra legal editado no âmbito do Conselho Federal de Medicina, órgão regulador do exercício da atividade médica, definir o que vem a ser abuso de direito, tampouco tutelar a capacidade civil e a autonomia de vontade, visto não constituir lei em sentido estrito.

Nesse sentido, art. 5º, II da Constituição Federal dispõe:

...

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

A esse respeito, ressalte-se tramitar no Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, sob número 642-DF, na qual é pleiteada a suspensão da eficácia integral da Resolução n. 2.232, de 2019, do Conselho Federal de Medicina (CFM).

Houve, inclusive, manifestação da Procuradoria Geral da República pela declaração de inconstitucionalidade do art. 5º, § 2º, da Resolução 2.232/2019 do Conselho Federal de Medicina.

Trago à consideração, tópicos analisados no aludido parecer:

O referido dispositivo insere-se em norma que se presta a definir o que pode ser considerado abuso de direito do paciente no que diz respeito à recusa terapêutica.

Contudo, o “abuso de direito” é instituto jurídico, tratado pelo Código Civil que, a partir do art. 187, pode ser definido como ato ilícito praticado por titular de direito subjetivo que, ao exercê-lo, excede os limites da boa-fé ou bons costumes de forma manifesta.(g.n)

O art. 5º, § 2º, da Resolução 2.232/2019, portanto, traduz-se em juízo de valor de conteúdo jurídico, e não de conteúdo médico.

Diante das informações fornecidas pelo médico responsável pelo tratamento, caberá à gestriz decidir se submeter à terapêutica sugerida.

No exercício do mister, o médico esclarecerá quais as consequências das possibilidades de tratamento, tanto para a mulher quanto para o feto. Ao fazê-lo, terá em vista que o ordenamento jurídico protege a vida da mãe quando a continuidade da gestação coloca em risco a vida da gestante (CP, art. 128, I).

Na ação civil pública que ensejou o pedido aqui formulado, pretende-se a revogação dos dispositivos acima destacados, sob o fundamento de exigir a legislação vigente, para a não aceitação da recusa terapêutica, o *risco iminente de morte* ou o *risco iminente à vida*, não fazendo menção ao termo *abuso de direito*, nem tampouco *risco à saúde* para desrespeito à autonomia das parturientes. Assim, a Resolução, sem respaldo legal, não

¹² *Idem*

poderia fazê-lo.

Está demonstrada, portanto, haver probabilidade do provimento do recurso, fundamentado em ilegalidade de que ato infra legal venha a tutelar matéria adstrita à lei. Também está presente o risco de grave dano ou dano irreparável, porquanto, até que haja decisão definitiva sobre a matéria, corre-se o risco de que a situação versada no âmbito da ação originária, de aparente desrespeito à recusa terapêutica manifestada por gestantes, venha a ser regulada indevidamente por ato infra legal, sem respaldo legal.¹³

Atualmente, portanto, a norma objeto desse estudo está com sua eficácia suspensa desde junho de 2024, o que foi amplamente divulgado pelo CFM¹⁴. Ademais, o citado processo encontra-se concluso para decisão de Agravo Interno interposto pelo Conselho Federal de Medicina.

Nesse contexto, percebe-se que a temática é delicada, repercutindo questões bioéticas, éticas e jurídicas, de modo que, apesar dos interesses da gestante e do feto coincidirem na maioria dos casos, há situações em que eles divergem, resultando em um conflito posto nas mãos do médico.

Nesse ponto, indaga-se se o Conselho Federal de Medicina tem de fato poder para legislar sobre essa temática que por vezes pode ultrapassar a esfera ética, e se o profissional de saúde tem mesmo tamanha aptidão para identificar uma situação de abuso de direito e decidir sobre um caso concreto, envolvendo a autonomia da gestante e os direitos do nascituro, porém que não esteja tão claro o risco à vida do feto, fugindo o óbvio.

Princípio do respeito a autonomia

Cumpra contextualizar a autonomia, além da beneficência, não maleficência e justiça, como princípios básicos e tradicionais que configuram um instrumento acessível e prático para a análise de conflitos que surgem na esfera bioética¹⁵.

Isto é, Tom Beauchamp e James Childress criaram a teoria principialista a partir do denominado “Relatório Belmont” e, posteriormente, explicitada no livro *Principles of Biomedical Ethics*, de 1979, como uma verdadeira estrutura para a tomada de decisões morais em bioética que “deriva, em grande medida, de papéis e tradições profissionais, baseando-se em séculos de

¹³ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1). Decisão. Número: 5021263-50.2019.4.03.6100 Classe: Apelação Cível.6ª Turma do 3º Tribunal Regional Federal.

¹⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Justiça Federal suspende parte da Resolução CFM nº 2.232/2019. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/noticias/objecao-de-consciencia-justica-federal-suspende-parte-da-resolucao-do-cfm-sobre-assistencia-ao-parto>>. Acesso em: 10 jun. 2024.

¹⁵GARRAFA, Volnei. Apresentando a Bioética. *Universitas FACE*, v. 3, n. 1, 2005/2006. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/face/article/view/118>>. Acesso em: 20 nov 2023.

tradição em ética médica”¹⁶.

Nesse sentido, insta frisar que embora os princípios da não maleficência e da beneficência sempre tivessem destaque na história da ética médica, não se falava em autonomia e justiça, princípios que só auferiram destaque recentemente¹⁷.

Todavia, ainda que os princípios da autonomia e justiça tenham sido reconhecidos mais tardiamente, passaram a nortear, assim como os princípios da não maleficência e beneficência, sem hierarquia, a conduta dos profissionais de saúde e auxiliar o Estado na delimitação de políticas públicas para distribuição de recursos de saúde. Ou seja, para os autores, tais princípios deviam “funcionar juntos e de maneira harmônica, complementando-se um ao outro”.

No que tange a autonomia, princípio em destaque nesse tópico, Beauchamp¹⁸ o descreve como uma escolha individual livre de controle ou interferência por outros indivíduos e livre de limitações que possam impedi-la. Dessa forma, coloca como condições básicas da autonomia a liberdade de influências controladoras e a capacidade de ação intencional.

Afirma ainda, que o respeito ao indivíduo autônomo está intimamente relacionado a reconhecer, adequadamente, as capacidades e perspectivas da pessoa, incluindo o seu direito de fazer certos tipos de escolhas, tomar certas atitudes e ter certas visões, com fundamento em valores e crenças pessoais¹⁹.

Beauchamp e Childress²⁰, ao analisarem o princípio da autonomia fizeram distinção entre três modelos de decisão substituta, quais sejam, autonomia pura, julgamento substituto e melhores interesses.

O modelo de autonomia pura refere-se aos casos em que o indivíduo tenha, anteriormente, em plena capacidade, declarado, expressamente, sua vontade, cuidando, portanto, do respeito à vontade do paciente, mesmo quando ele não pode mais ratificá-la.²¹

Já o modelo de julgamento substituto, diferentemente do modelo anteriormente descrito, o paciente não declarou sua vontade, todavia para chegar a uma decisão que mantenha intacto o respeito pela sua autonomia, a pessoa que irá decidir deve buscar realizar os desejos e necessidades do sujeito, inferindo-os do sistema de valores do paciente.²²

¹⁶BEAUCHAMP, Tom Lamar. *The Principles of Biomedical Ethics as Universal Principles. Islamic Perspectives on the Principles of Biomedical Ethics*, v. 1, setembro, 2016. Disponível em: <<https://www.worldscientific.com>>. Acesso em: 21 nov 2023.

¹⁷ *Idem*

¹⁸ *Idem*

¹⁹ *Idem*

²⁰ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002. Cap.3.

²¹ *Idem*

²² *Idem*

Por fim, o modelo dos melhores interesses refere-se à hipótese em que um decisor substituto, na maioria das vezes o médico, após avaliar as opções possíveis, tomando como parâmetros os benefícios e riscos para o paciente, decide de acordo com o que considera seja a alternativa que traga o maior benefício e o menor risco possível.²³

Dessa forma, analisando a problemática imposta nesse artigo científico sob a perspectiva de cada um desses modelos, percebe-se que o modelo comumente adotado e proposto pelo art. 5º, §2º da Resolução 2232/2019 do CFM é o modelo de melhores interesses.

Isto é, em uma situação de recusa de tratamento manifestada por gestante, cabe ao médico avaliar se a recusa caracteriza abuso de direito em relação ao feto, e caso entenda que sim, tem a permissão de não aceitar tal recusa.

Todavia, há uma subjetividade nessa análise, portanto, em situações mais complexas o médico pode ter dificuldade de agir. Um exemplo de situação que reflete exatamente esse conflito que pode surgir no profissional, é da gestante em estado vegetativo persistente, mas com diretiva antecipada na qual recusava procedimentos invasivos (por exemplo, nutrição e hidratação), se é seu dever como médico realizar os procedimentos com a finalidade manter a vida biológica da paciente afim de proporcionar a continuidade da gestação.

Tem-se, portanto, que o Conselho Federal de Medicina regulou para seus profissionais médicos como se comportar perante conflitos éticos eventualmente ocorrentes na recusa de tratamento pelo seu paciente, porém deixou de considerar situações que esbarram em discussões sensíveis, com grande potencial de colidir com outras normas.

Direitos do nascituro

Inicialmente, cumpre esclarecer que a expressão nascituro, preferida pela linguagem jurídica brasileira, é utilizada para “aquele que vai nascer”, embora se aplique também o sentido do “ser concebido que ainda se encontra no ventre materno”. O termo engloba, assim, as designações embrião – o ser concebido entre a fecundação e a organogênese – e feto, após ultrapassado o estágio embrionário²⁴.

Outrossim, torna-se fundamental para o desenvolvimento do presente artigo, explorar a legislação brasileira para compreender se o nascituro é titular de alguma proteção jurídica.

²³ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Princípios de Ética Biomédica. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002. Cap.3.

²⁴ BERTI, Silvia Mendes. Os direitos do nascituro. Bioética: Vida e Morte. 3. Ed. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. 2023, pág. 74.

Nesse sentido, insta observar, que a Constituição Federal de 1988 traz, em seu art. 277, como dever familiar, social e do Estado, garantir o direito à vida, à saúde, entre outros²⁵. Nesse contexto, tem-se ainda que o Código Civil estabelece em seu art. 2º, que “*a personalidade civil da pessoa começa no nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro*”²⁶.

Além do art. 2º do Código Civil, o art. 542 do mesmo diploma legal dispõe que o nascituro pode receber bens em doação. Já o art. 1.609, no seu parágrafo único, alude à possibilidade de reconhecimento de filho antes mesmo do seu nascimento. Outra previsão é que na ausência do pai e na impossibilidade ou no caso da perda de poder familiar por parte da gestante, deve-se nomear curador ao nascituro, como preceitua o art. 1.779 do Código Civil. Há, ainda, a preocupação com o devido desenvolvimento da gestação por meio da garantia de alimentos gravídicos, conforme preceitua a Lei n. 11.804/2008.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, prevê em seu art. 7º que “a criança e adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”²⁷.

Todavia, muito embora tais previsões legais, é fácil constatar que o nascituro, ser humano que está por nascer, enquanto está no útero materno, não teria, em princípio, nenhuma proteção jurídica efetiva. Os direitos e privilégios previstos são condicionados ao seu nascimento com vida. Vejamos trecho do voto da Ministra Rosa Weber na ADPF 442:

Há proteção dos direitos futuros do nascituro, mas não há definição clara do que é vida para os fins do Direito Civil. Essa ideia de vida a ser protegida fica condicionada a critérios não delimitados pelo Código Civil. O que se pode dizer é que há um interesse jurídico na preservação da possibilidade do nascimento com vida e que não há transmissão de bens pelo nascituro nos casos de não nascimento ou de natimorto²⁸.

O interesse jurídico do nascimento com vida pode ser visto inclusive durante o acompanhamento pré-natal no âmbito do SUS, em que as equipes de saúde, deverão acolher e acompanhar sistematicamente a gestante, com atenção especial a detecção precoce de problemas

²⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 nov. 2023.

²⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acesso em: 21 nov 2023.

²⁷ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, p. 13563, 16 jul. 1990. Disponível em: <https://bit.ly/3jidOZi> Acesso em 15 nov. 2023.

²⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 442. 2023. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto.ADPF442.Versa771oFinal.pdf>> Acesso em: 19 nov 2023.

que gerem risco gestacional, além de possuir efetiva responsabilidade em manter o vínculo com a genitora²⁹.

Nesse contexto, prevê o ECA, em seu art. 8º, § 9º, que “a atenção primária à saúde fará busca ativa da gestante que não iniciar ou que abandonar as consultas de pré-natal, bem como da puérpera que não comparecer às consultas pós-parto”³⁰.

Porém, o que parece é que não passa muito disso. Isto é, a preocupação primordial do Código Civil, que trata expressamente do nascituro, é referente ao seu aspecto patrimonial. Há, contudo, um aparente silêncio quanto aos aspectos existenciais do nascituro, ou seja, não há uma expressa proteção do nascituro enquanto potencial sujeito de direito.

Essa conclusão fica ainda mais evidente quando se extrai do texto constitucional que não há referência em qualquer passagem aos não nascidos, seja na condição de embrião ou de feto. Na mesma linha, tem-se que todo o sistema de proteção da ordem social, referente à família, criança, adolescente e idoso (capítulo VII), que igualmente supõe a pessoa humana nascida como titular dos direitos fundamentais garantidos não faz qualquer ressalva ao nascituro ou embrião³¹. Segundo a Min. Rosa Weber “tais inferências interpretativas permitem afirmar o propósito do texto constitucional em afastar qualquer compromisso com a tese do direito à vida desde a concepção, a qual, diga-se, foi rechaçada nos trabalhos constituintes”³².

A Ministra Rosa Weber cita ainda em seu voto na ADPF 442³³ que a discussão sobre direito à vida e suas formas de proteção se fez presente tanto no julgamento da Lei de Biossegurança (ADI 3510), sobre o uso de embriões humanos para pesquisas com células-tronco, quanto no da interrupção da gravidez de feto anencéfalo (ADPF 54), onde também foi debatida a liberdade reprodutiva e a autonomia da mulher na tomada de decisões.

Em verdade, é na esfera penal, nos art. 124 a 128 do Código Penal, que se pode extrair alguma proteção jurídica na perspectiva existencial do nascituro. Todavia, como perfeitamente afirma Rosa Weber em seu voto da ADPF 442:

²⁹ SENA, Iva. Qualidade da atenção pré-natal na estratégia de Saúde da Família: revisão de literatura [trabalho de conclusão de curso]. Lagoa Santa: Universidade Federal de Minas Gerais, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3HmFjJv>. Acesso em: 05 dez. 2023.

³⁰ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, p. 13563, 16 jul 1990 [acesso 15 nov 2023]. Disponível: <https://bit.ly/3jidOZi> 49. Berti SM. O nascituro e o direito à saúde.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 442. 2023. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto.ADPF442.Versa771oFinal.pdf>> Acesso em: 19 nov 2023, pág. 21

³² *Idem*

³³ *Idem*

Dar ao direito à vida interpretação no sentido de conferir-lhe proteção absoluta desde o momento da concepção implicaria reconhecer a proibição de qualquer hipótese de interrupção da gestação (em casos de aborto, por exemplo), a despeito da finalidade ou da necessidade de tutela de outro direito ou bem jurídico. Assim como a previsão constitucional originária da pena de morte, em caso de guerra, nos termos do art. 84, XIX (art. 5º, XLVII, “a”). Soluções normativas que subverteriam a lógica do regime jurídico dos direitos fundamentais. Do mesmo modo, inaplicável o argumento da proteção do direito à vida desde a concepção, com fundamento na legislação penal, porquanto tipificado no Código Penal o aborto como crime contra a vida, o que significaria a escolha legislativa pela tutela da vida humana em potencial. E por uma razão lógica. A intervenção estatal, por meio da tutela penal, não define por si só o âmbito de proteção do direito fundamental. A relação normativa é inversa, porquanto o direito fundamental, no marco do bloco de constitucionalidade, é que serve de parâmetro de controle e como fator limitante da atuação penal, justificando-a ou não³⁴.

Evidente, portanto, que há uma perceptível lacuna no ordenamento jurídico no que tange o momento em que se inicia a proteção à vida, se desde o momento da concepção, durante a gestação ou a partir do nascimento com vida. De todo modo, o que é preminentemente inacreditável, é que em pleno 2023, tenha-se apenas tipificações penais para delimitar a incidência ou restrição de direito à vida do nascituro. É reduzir, portanto, a incidência de um dos direitos fundamentais à criminalização de certas condutas.

O “ABUSO DE DIREITO” DISPOSTO NO ART. 5º, PARÁGRAFO 2º DA RESOLUÇÃO 2.232/2019

Cumpra ainda fazer uma análise pormenorizada do conceito e situações que possivelmente configuram abuso de direito pela gestante com o feto/nascituro, ao recusar tratamento médico, nos termos do art. 5º, parágrafo 2º, da Resolução 2.232/2019.

Segundo Beauchamp e Childress³⁵, na relação médico-paciente, geralmente os conflitos materno-fetais estabelecem um contraste entre dois princípios da bioética: autonomia da gestante e beneficência do feto. Para Fasouliotis e Schenker³⁶, a autonomia da gestante, como também a sua beneficência resta comprometida quando se colocar a beneficência do feto à frente da autonomia materna. Isto é, ao aplicar personalidade plena ao feto, o que -diga-se de passagem- configura uma grande lacuna jurídica - a gestante pode ter controle e liberdade de seu corpo legalmente limitados, visto que ela é capaz de causar danos ao feto.

³⁴ *Idem*

³⁵ BEAUCHAMP, Tom Lamar; CHILDRESS, James Franklin. *Principles of Biomedical Ethics*. 4. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 1994.

³⁶ FASOULIOTIS, Stephen J.; SCHENKER, Joseph G. Maternal-fetal conflict. *European Journal of Obstetrics & Gynecology and Reproductive Biology*, [Internet] 2000, v. 89, n. 1, p. 101-107. DOI: 10.1016/S0301-2115(99)00166-X. Acesso em: 11 jan. 2023.

O que tem se observado é que quando os interesses da gestante e feto não coincidem, seja qual for a razão, surgem tensões diversas no âmago dos discursos éticos e jurídicos.

Antes da Resolução do CFM nº 2232/2019 não havia previsão expressa sobre qual conduta adotar diante de situações de recusa de tratamento. Todavia, como cediço, o Conselho elaborou tais normas como forma de salvaguardar a conduta médica nesses casos, que acabou sendo alvo de críticas ante a excessiva amplitude das hipóteses nas quais o médico pode impor aos pacientes, especialmente a gestante, o procedimento terapêutico.

Isto é, o art. 5º da citada Resolução prevê expressamente que “a recusa terapêutica não deve ser aceita pelo médico quando caracterizar abuso de direito”, definindo abuso de direito como risco a saúde de terceiros e recusa ao tratamento de doença transmissível ou de qualquer outra condição semelhante que exponha a população a risco de contaminação.³⁷

Todavia, o parágrafo 2º do art. 5º da Resolução 2232/2023, tornou-se alvo ainda maior de críticas, tendo em vista a complexa problemática que emerge da recusa de tratamento médico pela gestante.

Em outras palavras, surgem questionamentos que perpassam as mais diversas áreas do direito, como “o feto é sujeito de direito?”, “crenças religiosas se encaixariam como abuso de direito, como o caso da gestante que se nega a transfundir, pondo em risco a saúde do feto?” e “um direito fundamental (autonomia) pode ser delimitado por uma norma infraconstitucional?”.

A título exemplificativo, tem-se algumas situações semelhantes enfrentadas pelo Tribunal brasileiro referente ao conflito entre autonomia e direito à vida, nos quais pode-se extrair alguns nortes e reflexões para o conflito materno-fetal oriundo da recusa de tratamento pela gestante.

Em 2014, no Rio Grande do Sul, uma gestante foi obrigada pela Justiça a fazer uma cesariana de emergência contra a sua vontade, após o hospital acionar a justiça, por considerar que a gravidez era de risco para a vida da mãe e do filho. A decisão de obrigar a gestante a fazer parto cesariana foi da juíza Liniane Maria Mog da Silva, que determinou em despacho que a gestante fosse encaminhada de volta ao hospital, “se necessário com o apoio da força polícia”.³⁸

A decisão foi tomada por volta das 23h30. Um oficial de Justiça acompanhado por dois PMs foi até a casa da gestante às 1h30 de segunda-feira para cumprir a ordem judicial. A gestante, que estava sendo acompanhada por uma doula, afirmou que estava sendo monitorada e

³⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2.232, de 17 de julho de 2019. Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente.

³⁸ DANTAS, Tiago, ILHA, Flavio. Justiça obriga mulher fazer cesariana contra vontade. GLOBO. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/politica/justica-obriga-mulher-fazer-cesariana-contra-vontade-no-rs-12066737>>. Acesso em 28 nov 2023.

aguardando o momento certo para ir ao hospital. A mulher alegou que se sentiu “roubada, sequestrada, estuprada. Me abriram de um jeito que não era para abrir e não me deram direito a uma segunda opinião. Bastava ter sido atendida por um médico inteligente que soubesse fazer um parto pélvico, se isso fosse necessário”.³⁹

Tal fato resultou em grandes debates sobre o perigoso precedente da intervenção judicial, uma vez que se desconsiderou totalmente a liberdade de escolha da gestante, direitos esse previsto na Constituição Federal.

Outrossim, esse – ainda que extremo – é um exemplo que fundamenta o ajuizamento da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal com o intuito de revogar o art. 5º, parágrafo 2º, bem como declarar ineficaz os artigos 6º e 10º da Resolução do CFM Nº 2232/2019 no que tange a assistência ao parto. Isto porque, o MPF afirma que tal norma acaba dando margem a internações compulsórias ilegais, especialmente no Brasil que possui elevados índices de violência obstétrica, bem como partos cirúrgicos, por vezes desnecessários, em taxas muito acima das recomendadas pela Organização Mundial de Saúde.⁴⁰

Dessa forma, quanto ao tema do presente trabalho, tem-se que o tratamento “desigual” destinado às mulheres gestantes pela Resolução nº 2232/2019, ao permitir o cerceamento de direitos essenciais da pessoa por mera avaliação subjetiva do médico assistente, dentro de um conceito extremamente amplo de “abuso de direito”, parece arriscado. Isto porque, o fato de a pessoa gestar não reduz a sua dignidade, assim como não perde a proteção legal dos seus direitos de personalidade, merecendo tratamento igualitário e digno. Tal afirmação leva a crer que em alguns casos, a conduta do profissional de saúde pode se caracterizar como ilegítima e ilegal. Segundo o que preceitua o Ministério Público Federal:

A Resolução impugnada é extremamente perigosa porque, além de orientar os médicos a agirem contra o próprio Código de Ética Médica, os incentiva a cometer o crime de constrangimento ilegal, previsto no artigo 146 do Código Penal, visto que o desrespeito à autonomia das parturientes para submetê-las a intervenções médicas ou cirúrgicas sem seu consentimento apenas pode ser admitido se justificado por “imminente perigo de vida”. Se o desrespeito à autonomia for justificado apenas pelo amplo conceito de “abuso de direito por risco à saúde de terceiro”, caracterizada estará a prática do crime de constrangimento ilegal. Importante reconhecer que o conceito de “risco iminente de morte”, previsto pelo Código de Ética Médica, ou “imminente perigo de vida”, previsto pelo Código Penal, como exigência para afastar a recusa terapêutica, é de fácil delimitação, visto que a morte é um evento concreto e o vocábulo iminente vincula o risco de morte a “algo que está prestes a acontecer em um momento muito próximo”. A Resolução combatida, em se considerando seu artigo 5º, parágrafo 2º, combinado com seus artigos 6º, ainda orienta os médicos a agirem contra o Código de Ética Médica,

³⁹ *Idem*

⁴⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1). Decisão. Número: 5021263-50.2019.4.03.6100 Classe: Apelação Cível.6ª Turma do 3º Tribunal Regional Federal.

violando ilegalmente o sigilo profissional ao autorizar os profissionais, em caso de identificar o questionável “abuso de direito”, a comunicar os fatos às autoridades competentes, visando assegurar (diga-se compelir) as parturientes a aceitarem a intervenção médica que recusaram.

A norma impugnada institucionaliza práticas de violência obstétrica já enfrentadas há anos em nosso país, consistentes em desrespeitos à autonomia das parturientes contrariamente ao Código de Ética Médica, evidenciadas em procedimentos interventivos desnecessários durante o parto, cuja realização indiscriminada é condenada pela Organização Mundial de Saúde, dentre os quais: episiotomia, uso rotineiro de ocitocina, amniotomia (rompimento da bolsa d’água) e partos cirúrgicos realizados sem efetiva necessidade.⁴¹

Assim sendo, questiona-se a validade no disposto no §2º, do artigo 5º da Resolução 2.232/19, no que tange a subjetividade da expressão “abuso de direito” na recusa de tratamento de saúde pela gestante, em razão da evidente incompetência material e formal do Conselho Profissional para ditar norma acerca de ilícito civil, visto que não há previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro.

UMA ANÁLISE CRÍTICA DA RESPONSABILIDADE MÉDICA NA RECUSA DE TRATAMENTO PELA GESTANTE

A relação médico-paciente é um processo especial de interação humana, configurando a base da prática clínica em suas dimensões técnica, humanística, ética e estética.⁴²

Tem-se que com o passar do tempo a relação entre médico e paciente sofreu grandes mudanças nas suas características mais intrínsecas.

Isto é, inicialmente, tal relação era marcada por uma assimetria evidente. A Câmara Técnica de Bioética do CFM na Recomendação 1/2016 entende que pautado no princípio da beneficência, o paciente era exposto a procedimentos médicos sem que lhe fossem fornecidas informações, esclarecimentos ou opção a respeito dos mesmos ⁴³.

Todavia, a relação que anteriormente era paternalista, onde sempre cabia ao médico determinar o que era melhor para o paciente, resguardando o interesse deste, ao mesmo tempo em que limitava a sua participação, deu lugar ao protagonismo do paciente na tomada de decisões médicas, constantemente marcada pelo conflito entre autonomia e saúde, entre os valores do

⁴¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1). Decisão. Número: 5021263-50.2019.4.03.6100 Classe: Apelação Cível.6ª Turma do 3º Tribunal Regional Federal.

⁴² MARQUES FILHO, José; HOSSNE, William Saad. A relação médico-paciente sob a influência do referencial bioético da autonomia, Revista Bioética, v. 23, n. 2, p. 304-10, 2015. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/bioet/v23n2/1983-8034-bioet-23-2-0304.pdf>>. Acesso em: 22 de nov 2023.

⁴³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Recomendação 1/2016. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica.

paciente e os valores do médico.⁴⁴

Essa grande virada da relação médico-paciente emergiu da necessidade de reconstrução dos direitos humanos, após a Segunda Guerra Mundial, em conjunto com a evolução da ética e das ciências nas mais diversas áreas do conhecimento. Dessa forma, o ser humano passou a ser compreendido não mais como mero titular de direitos simplesmente formais, mas como pessoa dotada de autonomia e liberdade, o que passou a ser o verdadeiro sentido da dignidade humana.⁴⁵

Nesse segmento, é possível observar a autonomia do paciente em relação ao modelo paternalista ou sacerdotal, quando passou a ser exigido o consentimento do enfermo, no momento ou mais tarde, às determinações do médico quanto ao tratamento que de imposto passou a ser sugerido pelo médico.

Conforme afirma a Câmara Técnica de Bioética do CFM na Recomendação 1/2016⁴⁶, “na área da saúde, a dignidade do ser humano, entre outros princípios, encontra efetividade no esclarecimento, por parte do médico, dos procedimentos a que a pessoa se sujeitará, aos quais a pessoa deve dar seu consentimento, livre de qualquer influência ou vício”.

Dessa forma, a Recomendação CFM 1/2016 que dispõe sobre o consentimento livre e esclarecido na assistência médica sugere justamente ao médico o abandono definitivo da relação verticalizada entre médico e paciente, propondo uma relação mais próxima e horizontal, onde o paciente participa das decisões, e não só isso, ele consente formalmente sobre o que será realizado em seu corpo.⁴⁷

Tal Recomendação é um marco, pois embora o Código de Ética Médica já trouxesse princípios que tratavam do direito de participação do paciente na escolha do seu tratamento, ainda não havia nenhum documento tão detalhado sobre o processo para obter o seu consentimento.

Nesse sentido, imperioso trazer a autonomia e o consentimento do paciente como a mola propulsora do direito a recusa terapêutica. Assim, por muito tempo falava-se da recusa do paciente ao tratamento médico proposto sem uma previsão expressa sobre o tema, até a publicação da Resolução nº 2232/2019 do CFM, que estabeleceu normas éticas para a recusa terapêutica do paciente e objeção de consciência na relação médico-paciente, amparando as condutas de ambas as partes.

⁴⁴ EMANUEL, Ezekiel Jonathan; EMANUEL, Linda Leah. Four models of the PhysicianPatient Relationship, JAMA, v. 267, n. 16, p. 2221, abr. 22/29, 1992.

⁴⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Recomendação 1/2016. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Recomendação 1/2016. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica.

Contudo, como cedição em tópico anterior, a Resolução foi alvo de muitas críticas, principalmente no que tange a recusa terapêutica manifestada pela gestante, uma vez que teria restringido esse exercício. Inclusive, além da já reiteradamente citada nesse artigo, Ação Civil Pública proposta pelo MPF para tentar revogar o art. 5º da Resolução que dispõe sobre a recusa da gestante e suspender a eficácia dos arts. 6 e 10 no que tange a assistência ao parto, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 642) no Supremo Tribunal Federal (STF) também questionando os preceitos da Resolução:

A Resolução CFM 2.232/2019 reconhece a recusa terapêutica como direito do paciente, mas condiciona seu exercício ao ato médico de informar as consequências do procedimento. A norma assegura esse direito aos pacientes maiores de idade, capazes, lúcidos, orientados e conscientes no momento da decisão, mas apenas no caso de tratamentos eletivos (não urgentes). Também prevê a hipótese de acionar as autoridades competentes para assegurar o tratamento proposto e permite ao médico adotar todas as medidas necessárias para preservar a vida do paciente, independentemente da recusa terapêutica.

Para o PSOL, a resolução, ao restringir a recusa aos tratamentos eletivos, exclui outras situações em que as pessoas podem legitimamente recusar a intervenção médica em seus corpos. O partido defende que, mesmo em caso de risco iminente de morte, a pessoa, caso esteja em condições de expressar sua vontade, pode se recusar a ser submetida a tratamento de saúde, e sua decisão deve ser soberana, em respeito a direitos fundamentais como dignidade, autonomia, integridade física e psíquica e vedação a tratamento forçado. Assim, os parâmetros constitucionais e legais que apontam como regra a necessidade de consentimento informado devem ser afastados apenas em situação excepcionalíssima – o risco de morte iminente de alguém que não possa consentir nem tenha previamente expressado sua vontade.

O partido argumenta ainda que não está entre as atribuições do CFM a normatização de direitos de pacientes. “Na prática, a resolução dispõe sobre limites e condicionantes dos direitos dos pacientes, não sobre ética médica estritamente, o que extrapola seu âmbito de atuação”, assinala.

Ao pedir a concessão de medida cautelar e, no mérito, a declaração de incompatibilidade da resolução com a Constituição, a legenda pondera que a intervenção médica realizada sem consentimento pode ser tipificada como crime de constrangimento ilegal (artigo 146 do Código Penal).⁴⁸

Merece destaque portanto, a alegação do PSOL de que não caberia ao CFM, sob o pretexto de regular a profissão médica, impor limitações sobre os direitos constitucionais assegurados aos indivíduos, tais como o direito à dignidade, à autonomia, à liberdade de consciência e crença e à integridade física e psíquica no acesso à saúde.⁴⁹

Na petição da ADPF, no que tange à capacidade decisória das mulheres e das pessoas que

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 642. 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=434205&ori=1>> Acesso em: 22 nov. 2023.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 642. 2019. Disponível em <[Supremo Tribunal Federal \(stf.jus.br\)](https://portal.stf.jus.br)> Acesso em: 22 de novembro de 2023.

não necessariamente se identificam com o gênero feminino que também podem engravidar, como as transexuais ou não-binárias, alega-se que o parágrafo 2º do artigo 5º da Resolução CFM n.º 2.232/2019 teria inovado, de forma inconstitucional e ilegal, ao estabelecer uma situação excepcional em que esses indivíduos não estariam amparados pela proteção à dignidade da pessoa humana, à integridade física e psicológica, à autonomia e à vedação ao tratamento forçado e tortura no acesso à saúde.⁵⁰

Isso porque o caput do artigo 5º da referida resolução dispõe que a recusa terapêutica “não deve ser aceita” em caso de abuso de direito e o parágrafo 2º prevê, de maneira vaga, que “o ato de vontade da mãe” pode “caracterizar abuso de direito dela em relação ao feto”, sem definir, no entanto, o que configuraria situação de abuso de direito em relação à gravidez.⁵¹

Dessa maneira, concluiu-se que, segundo o que dispõe a Resolução nº 2232/2019 do CFM, caso o médico considere individualmente e sem fundamento em critério ou procedimento externo, que existe uma situação de abuso de direito – conceito amplo e muito subjetivo - ele estaria autorizado a tomar uma decisão de tratamento forçado a qualquer momento do processo gravídico, contrariando totalmente a Constituição Federal, que não prevê em seu texto que as mulheres, durante o processo reprodutivo, seriam merecedoras de tratamento distinto aos homens ou mesmo outras mulheres que se encontram em outras fases da vida.⁵²

Critica-se, portanto, o fato de a Resolução permitir o ilegal e ilegítimo cerceamento de direitos essenciais por mera avaliação subjetiva do médico assistente. A gestante capaz de decidir, pelo fato de estar gestando um feto, não tem sua dignidade reduzida. Ou seja, não perde a proteção constitucional de seus direitos fundamentais, assim como não perde a proteção legal dos seus direitos de personalidade, merecendo tratamento igualitário e digno.

Dessa forma, propõe-se a reflexão nesse artigo acerca do fato de que para o médico identificar uma situação de abuso de direito, seria necessário, minimamente, que o profissional de saúde fosse capaz de caracterizá-lo de maneira segura e inquestionável, algo que é improvável que o faça, tendo em vista que determinadas situações demandam muito além de uma análise técnica, uma análise bioética e jurídica.

Tal disposição na Resolução não seria, portanto, um regresso a toda a evolução da relação médico-paciente, dando margem para o retorno do paternalismo médico?

Em verdade, o que se pode constatar meio a toda essa problemática, é que as alegações

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ *Idem.*

⁵² *Idem.*

contidas na ADPF refletem questões bioéticas e jurídicas extremamente relevantes e que devem continuar sendo objeto de discussão.

Por outro lado, tem-se que a atuação médica não pode parar em meio a casos complexos, que surgem a todo momento. Sendo assim, o médico não pode ficar desamparado sem saber como agir em situações delicadas de recusa de tratamento por paciente, seja por questão moral, pessoal ou religiosa.

Por isso, fato é que a Resolução está integralmente em vigor, embora ainda imersa em grandes debates como o da ADPF 642 que ainda não foi julgada e o da Ação Civil Pública proposta pelo MPF que está em fase de recurso. Ou seja, a conduta médica de intervir em algumas situações de recusa terapêutica está amparada na esfera ética e até mesmo na judicial, que por enquanto, vem acompanhando o entendimento do CFM e não suspendeu nenhuma norma da citada Resolução efetivamente. Porém, tudo pode mudar.

Ademais, é sabido que avaliar as implicações das suas condutas e dos procedimentos tanto para a gestante quanto para o nascituro, é prática fundamental da atuação médica, que deve avaliar os riscos para ambas as vidas (ainda que uma em potencial), observando os princípios bioéticos de beneficência e não maleficência, já que é quem detém instrumentos técnicos para avaliar a saúde materna e fetal, exercendo importante papel nos possíveis conflitos desse binômio.

Todavia, o debate sobre o tema envolve inúmeros pontos e discussões que demandam uma análise profunda jurídica e bioética. E justamente por ser um tema tão sensível, que divide opiniões, ainda há uma grande insegurança nos médicos e instituições de saúde, que embora possuíssem a Resolução 2232/2019 do CFM, enquanto vigente, como um norte, na prática, em situações delicadas sempre acabavam por acionar a justiça para ampará-los na tomada de decisão.

Verdade seja dita: situações tão sensíveis como essas de conflito de interesses de gestante e feto, principalmente as que fogem do habitual e envolve questões ainda mais profundas, não deveriam se restringir ao aval do médico, que acaba não tendo segurança jurídica nenhuma para atuar.

Um exemplo que evidencia que a Resolução não poderia solucionar todos os casos de recusa de tratamento, é a situação da gestante em estado vegetativo persistente, mas com diretiva antecipada de vontade na qual recusava procedimentos invasivos (por exemplo, nutrição e hidratação), que o CFM, nos esclarecimentos, se esquivava da pergunta de se é dever do médico realizar os procedimentos com a finalidade manter a vida biológica da paciente afim de proporcionar a continuidade da gestação, senão vejamos:

Nem toda recusa terapêutica da mãe caracteriza abuso de poder em desfavor do nascituro. A Resolução diz “pode”, ou seja, depende do caso concreto, real. Por essa razão, não se deve rotular situações teóricas como abusivas; e se não são abusivas, a recusa terapêutica deve ser acolhida nos termos do art. 13 da Resolução. Quando há abuso de poder, instaura-se um conflito de interesses (de direitos e de expectativa de direitos) de dois pacientes, designados na Resolução pelo binômio mãe/feto. A Resolução não avança uma posição sobre o status jurídico do nascituro, contudo, reconhece que, para o médico, no pré-natal, o feto também é um paciente.⁵³

Outra situação hipotética é a grávida com feto viável que sofre acidente, e antes de ter morte encefálica deixou documento escrito, prevendo expressamente que não aceita a realização de cesariana para salvar o filho, que pretende “levar” consigo. Os familiares pedem o cumprimento da disposição de última vontade. O próprio CFM indaga: qual é o papel do médico? Deixar o feto morrer e cumprir a decisão da mãe ou salvá-lo com uma cesariana?⁵⁴

Observa-se que acaba sendo natural a omissão legislativa, considerando que a norma legal é uma forma de controle social sobre as ciências, pensada sob a ótica das diversas correntes doutrinárias existentes: bioética principialista, feminista, utilitarista, contratualista, libertária, antropológica, do discurso etc, todavia nem sempre tal lacuna no ordenamento jurídico é benéfica, haja vista a eventual distorção de outras instâncias de controle, como a do Conselho Profissional de que se cuida, quando não encontra parâmetro legal a guiá-las.⁵⁵

Em contrapartida, a norma administrativa impulsiona a discussão para que se possa gerar projetos de lei que venham a suprir a carência de normas legais, de modo que contemple as mais diversas realidades sociais e os reais anseios da sociedade.⁵⁶

Diante todo o exposto, a realidade é que ainda há lacunas no ordenamento jurídico e a Resolução do CFM nº 2239/2022 especialmente no que tange o art. 5º, §2º, atualmente com seus efeitos suspensos, que atribui ao médico o papel de identificar e resolver a situação de “abuso de direito” na recusa terapêutica da gestante, possui brechas para as mais diversas críticas, não passando tanta segurança para o médico na hora de decidir, acabando por recorrer ao Poder Judiciário.

Nesse segmento, enquanto não há respostas concretas, com uma base sólida na legislação vigente que assegure uma tomada de decisão nessas situações delicadas, que constantemente

⁵³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. CFM esclarece pontos da Resolução que trata da recusa terapêutica e objeção de consciência. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/noticias/cfm-esclarece-pontos-da-resolucao-que-trata-da-recusa-terapeutica-e-objecao-de-consciencia>>. Acesso em: 01 dez. 2023.

⁵⁴ *Idem*

⁵⁵ AGUIAR, Monica. Modelos de autonomia e sua (in)compatibilidade com o sistema de capacidade civil no ordenamento positivo brasileiro: reflexões sobre a Resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=69c7e73fea7ad35e>> Acesso em 05 dez 2023.

⁵⁶ *Idem*

acontecem, uma boa solução para auxiliar e assegurar os médicos na resolução de conflito de interesses entre gestante e feto, é a criação de Comitês de Bioética nas instituições de saúde.

Além disso, uma boa forma de desafogar o Poder Judiciário no julgamento das ações, em que em alguns casos nem possuem tanta habilidade e conhecimento na área, é implementá-lo dentro dos hospitais, por meio de núcleos de mediação e conciliação, compostos por profissionais de áreas diversas, com experiência nas relações de saúde para analisar cada caso concreto, com o auxílio dos princípios bioéticos e entendimentos doutrinários e jurisprudenciais como forma de reduzir a litigiosidade dos conflitos, podendo se configurar bastante útil na resolução de controvérsias entre médicos, pacientes e representantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o intuito de gerar mais segurança a atuação dos médicos em situações de recusa terapêutica pelo paciente, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução n.º 2.232/2019. No que tange o art. 5º, §2º da Resolução, atualmente com seus efeitos suspensos, o Conselho Federal de Medicina alegou que assim o fez com o fim de proteger o feto e, por consequência, o seu direito à vida, quando a mãe atuar com abuso de direito.

Todavia, a tentativa do CFM de normatizar situações como essas, que envolve conflitos de direitos fundamentais, foi na verdade alvo de inúmeras críticas e ações judiciais, que ainda estão em trâmite, especialmente pela inovação do Conselho Profissional de legislar sobre algo não previsto no ordenamento jurídico, além de depositar significativa responsabilidade no profissional de saúde de interpretar e decidir sobre uma problemática extremamente sensível.

Dessa forma, o presente trabalho faz uma análise crítica sobre o art. 5, parágrafo 2º da citada Resolução do CFM, debatendo sobre os pontos cruciais do direito de autonomia de vontade com enfoque na gestante, além de abordar qual tem sido o posicionamento dos tribunais quanto aos direitos do nascituro.

Em seguida, o artigo traz casos reais de possíveis situações de “abuso de direito”, fazendo crer que em alguns casos, a Resolução 2232/2019 pode soar como cerceamento de direitos essenciais por mera avaliação subjetiva do médico assistente, o que parece bastante arriscado. Além disso, fica claro que a citada norma não resolve os casos mais sensíveis, justamente porque a temática perpassa as mais diversas áreas, demandando uma análise aprofundada de cada caso concreto, que não pode se resumir a apreciação técnica do médico.

Em verdade, o que ficou evidente, é que na prática, mesmo havendo expressa proteção do

Conselho Profissional para o atuar médico nas situações de recusa terapêutica da gestante, quando configurado “abuso de direito”, por se tratar de tema tão sensível, que divide opiniões, ainda há uma grande insegurança, acabando os médicos e instituições de saúde por acionar a justiça para ampará-los na tomada de decisão.

Posto isso, com o constante aprofundamento dos estudos da bioética que tem aberto relevantes discussões para ajudar a solucionar casos delicados como os trazidos ao longo desse trabalho, duas soluções apresentadas para a efetividade e segurança na tomada de decisões dos médicos nas situações mais sensíveis de recusa de tratamento médico pela gestante, podendo gerar risco à saúde do feto, é a criação de Comitês de Bioética nas instituições de saúde, além da implementação do Poder Judiciário dentro dos hospitais, por meio de núcleos de mediação e conciliação, compostos por profissionais de áreas diversas, com experiência nas relações de saúde, como forma de reduzir a litigiosidade dos conflitos.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Monica. Modelos de autonomia e sua (in)compatibilidade com o sistema de capacidade civil no ordenamento positivo brasileiro: reflexões sobre a Resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=69c7e73fea7ad35e>>. Acesso em: 05 dez. 2023.

BEAUCHAMP, Tom Lamar; CHILDRESS, James Franklin. Principles of Biomedical Ethics. 4. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 1994.

BERTI, Silvia Mendes. Os direitos do nascituro. In: Bioética: Vida e Morte. 3. ed. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2023. p. 74.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, p. 13563, 16 jul. 1990. Disponível em: <https://bit.ly/3jidOZi>. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 21 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 442. 2023. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto.ADPF442.Versa771oFinal.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 642. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=434205&ori=1>. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1). Decisão. Número: 5021263-50.2019.4.03.6100
Classe: Apelação Cível. 6ª Turma do 3º Tribunal Regional Federal.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1). Sentença. Número: 5021263-50.2019.4.03.6100.
Classe: Ação Civil Pública Cível. 2ª Vara Cível Federal de São Paulo.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. CFM esclarece pontos da Resolução que trata da recusa terapêutica e objeção de consciência. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/noticias/cfm-esclarece-pontos-da-resolucao-que-trata-da-recusa-terapeutica-e-objecao-de-consciencia>. Acesso em: 01 dez. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Justiça restabelece norma que respeita decisão do médico em partos de urgência. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/noticias/justica-restabelece-norma-cfm-que-respeita-decisao-do-medico-em-partos-de-urgencia>. Acesso em: 20 nov. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Recomendação nº 1/2016. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/recomendacoes/BR/2016/1>. Acesso em: 06 dez. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2.232, de 17 de julho de 2019. Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente.

DANTAS, Tiago; ILHA, Flavio. Justiça obriga mulher fazer cesariana contra vontade. *O Globo*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/justica-obriga-mulher-fazer-cesariana-contravontade-no-rs-12066737>. Acesso em: 28 nov. 2023.

EMANUEL, Ezekiel Jonathan; EMANUEL, Linda Leah. Four models of the physician-patient relationship. *JAMA*, v. 267, n. 16, p. 2221-2226, abr. 22/29, 1992.

FASOULIOTIS, Stephen J.; SCHENKER, Joseph G. Maternal-fetal conflict. *European Journal of Obstetrics & Gynecology and Reproductive Biology*, [Internet] 2000, v. 89, n. 1, p. 101-107. DOI: 10.1016/S0301-2115(99)00166-X. Acesso em: 11 jan. 2023.

GARRAFA, Volnei. Apresentando a Bioética. *Universitas FACE*, v. 3, n. 1, 2005/2006. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/face/article/view/118>. Acesso em: 20 nov. 2023.

MARQUES FILHO, José; HOSSNE, William Saad. A relação médico-paciente sob a influência do referencial bioético da autonomia. *Revista Bioética*, v. 23, n. 2, p. 304-310, 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/bioet/v23n2/1983-8034-bioet-23-2-0304.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2023.

SENA, Iva. Qualidade da atenção pré-natal na estratégia de Saúde da Família: revisão de literatura [trabalho de conclusão de curso]. Lagoa Santa: Universidade Federal de Minas Gerais, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3HmFjJv>. Acesso em: 05 dez. 2023.

VENANCIO, Vinicius Costa. Recusa pela gestante do tratamento médico recomendado: implicações jurídicas. Dissertação (Mestrado em Ciências no Programa de Obstetrícia e Ginecologia) – Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.