

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE – PSOL, partido político com representação no Congresso Nacional (doc.1), devidamente registrado no Tribunal Superior Eleitoral, inscrito no CNPJ sob o nº 06.954.942/0001-95, com sede em SCS, Quadra 02, Bloco C, Número 252, 5º andar, Edifício Jamel Cecílio, Brasília, Distrito Federal, representado, na forma do seu Estatuto Social (doc. 2), pelo seu Presidente, Juliano Medeiros (doc. 3), vem, por suas advogadas abaixo assinadas (procuração em anexo, doc. 4), com fundamento no disposto no art. 102, § 1º da Constituição Federal e nos dispositivos da Lei nº 9.882/99, ajuizar a presente

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR,

indicando como preceitos violados os princípios fundamentais da legalidade, da separação de poderes e do devido processo legislativo (art. 5º, II; art. 2º, *caput*, art. 5º, LIV), por limitação inconstitucional da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação, bem como os direitos fundamentais à liberdade, à igualdade, à saúde e à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, todos da Constituição Federal (art. 1º, incisos II e III; art. 3º, inciso IV; art. 5º, *caput* e incisos I, III; art. 6º, *caput*; art. 196), para que seja declarada a **inconstitucionalidade** da Resolução nº 2.232/2019 do Conselho Federal de Medicina.

1. PRELIMINARMENTE

1.1 LEGITIMAÇÃO ATIVA DO PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (PSOL)

1. A legitimação ativa do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) – enquanto partido político com representação no Congresso Nacional – fundamenta-se no art. 2º, I, da Lei nº 9.882/1999, que estabelece como legitimados para propor Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental todos aqueles já elencados no art. 103 da

Constituição Federal como legitimados para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Ação Declaratória de Constitucionalidade.

2. O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), hoje com representação de dez parlamentares no Congresso Nacional, cumpre com o requisito de representação disposto no art. 103, VIII, da CF e está, portanto, legitimado à propositura da presente ação. Tal requisito não exige determinado número de parlamentares, bastando que o partido tenha um representante para que esteja legitimado.¹

3. Em relação à matéria arguida, esta Suprema Corte já reconheceu partidos políticos como legitimados universais, não sendo deles exigida a demonstração de pertinência temática para o ajuizamento de ação em sede de controle abstrato. Assim, nos termos do Ministro Celso de Mello, está garantida a possibilidade de “arguir perante o Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade de atos normativos federais, estaduais ou distritais, independentemente de seu conteúdo material, eis que não incide sobre as agremiações partidárias a restrição jurisprudencial derivada do vínculo de pertinência temática”.²

1.2 CABIMENTO DA ADPF

4. De acordo com a Constituição Federal de 1988, em seu art. 102, § 1º, é competência do Supremo Tribunal Federal apreciar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A ADPF é regulamentada pela Lei nº 9.882, de 03.12.1999, cujo art. 1º define que a ação poderá ser proposta com objetivo de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público. Conforme complementa o parágrafo único do referido artigo, a ADPF poderá ser proposta ainda “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

5. Esta ação faz parte das ações que provocam o controle de constitucionalidade abstrato e concentrado, existindo para suprir as necessidades desse controle, uma vez que permite não apenas o questionamento de atos do Poder Público de conteúdo normativo, como também dos demais atos do poder público em geral. Apesar

¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 7a. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.407. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 7 de março de 1996. *Diário da Justiça*, p. 86, Brasília, DF, 24 nov. 2000. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14702386/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1407-df>>. Acesso em: 18 out. 2019.

disso, a ADPF não pode ser apresentada contra qualquer ato que viole a Constituição, mas apenas contra aqueles que contrariam preceitos fundamentais. A ação se submete, ainda à regra da subsidiariedade, a qual determina que a ação apenas pode ser interposta quando não houver outro meio capaz de sanar a lesão ao preceito fundamental de modo eficaz.³ Tal regra é afastada quando constata-se a inexistência de outra ação igualmente eficaz para solucionar a controvérsia de maneira ampla e definitiva.⁴

6. Por isso, deve-se levar em consideração três requisitos para o cabimento da ADPF: *i.* a existência de um ato do poder público capaz de provocar a lesão a preceito fundamental; *ii.* a demonstração de ameaça ou violação a preceitos fundamentais; e *iii.* o cumprimento do pressuposto da subsidiariedade, ou seja, a demonstração de que não há outro meio eficaz de sanar a violação alegada. Será demonstrada a seguir a satisfação desta ação a cada um dos requisitos mencionados.

1.2.1 ATO DO PODER PÚBLICO

7. Entende-se por ato emanado do poder público, para efeito de avaliação de cabimento de ADPF, aqueles produzidos pelo governo federal, estadual ou municipal que possuam natureza administrativa, judicial ou normativa e tenham possivelmente violado preceito fundamental. Nesta ação, o ato do poder público do qual resulta a lesão que se pretende reparar consiste na Resolução nº 2.232/2019 do Conselho Federal de Medicina (CFM). Sob o pretexto de instituir “normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente”, a referida resolução foi muito além das competências conferidas a tal Conselho e desfigurou o marco constitucional e legal de proteção aos direitos fundamentais de todas as pessoas no acesso à saúde – seus direitos como pacientes.

8. Sendo a resolução um ato regulamentar produzido por uma autarquia, pessoa jurídica de direito público, que exerce atividade tipicamente pública, qual seja, a fiscalização de exercício profissional (artigos 5º, XIII, 21, XXIV da CF), é inegável que

³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 7a. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

⁴ De acordo com o Ministro Gilmar Mendes, na ADPF 33/PA, apenas se considerará que há outro meio se o meio alternativo for capaz de resolver a controvérsia de forma ampla, geral e imediata.. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 33. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 07 de dez. de 2005. Diário de Justiça da União, 27 dez. 2006).

pode ser considerada uma espécie de ato do poder público.⁵ Resoluções são espécies de atos normativos que podem ser emanados no exercício do poder regulamentar, podendo ter conteúdo individual ou, como no caso da resolução em questão, geral, atingindo todas as pessoas que se encontram na mesma situação – no caso, todas as pessoas na possível condição de pacientes.⁶

9. Quanto ao caráter público dos atos do CFM, é de se destacar o disposto na Lei nº 9.649/98, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, segundo a qual conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, como o CFM, constituem serviço público (Art. 58, § 6º): “os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, por constituírem serviço público, gozam de imunidade tributária total em relação aos seus bens, rendas e serviços”.

10. Embora trate-se de ato normativo secundário, é possível compreender que a resolução do CFM produz inovação normativa de caráter primário, uma vez que altera as condições de fruição de direitos fundamentais de todas as pessoas no seu acesso à saúde, com efeito *erga omnes*. Na prática, a resolução dispõe sobre limites e condicionantes dos direitos dos pacientes, quanto à sua possibilidade de consentir ou recusar tratamentos e procedimentos de saúde, não sobre ética médica estritamente, o que extrapola seu âmbito de atuação.

11. Esta corte já compreendeu que é possível o controle constitucional de atos normativos secundários de entidades públicas, cuja matéria ultrapasse os limites constitucionais e produza inovação normativa primária, sem respaldo constitucional e legal. Na ADPF 532 MC/DF, a Ministra Cármen Lúcia suspendeu resolução da Agência Nacional de Saúde, entendendo, justamente, que o ato produzia efeitos primários – inovação legislativa – que limitavam o direito fundamental à saúde, em contrariedade à reserva legal:

Este Supremo Tribunal Federal admite a **apreciação excepcional, em controle abstrato de constitucionalidade, da validade de atos de entidades públicas que importam em regulamentação de matéria cuja competência se pretende tenha sido exercida em exorbitância aos limites constitucionais.**

[...]

Como destacado pelo Autor, ao regulamentar os mecanismos financeiros de regulação (franquia e coparticipação) no tema da saúde suplementar

⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 539.224 - Ceará. Relator: Min. Luiz Fux. 22/05/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2187962>. Acesso em 20 set. 2019.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 30a. ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017; NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. 8a. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

brasileira, a Agência Nacional de Saúde teria instituído “**severa restrição a um direito constitucionalmente assegurado (direito à saúde) por ato reservado à lei em sentido estrito**”

[...]

Por isso, **normas editadas pelos órgãos e entidades administrativas não podem inovar a ordem jurídica, ressalva feita à expressa autorização constitucional e não com o objetivo de restringir direitos fundamentais**. A edição de norma administrativa que inaugura situação de constrangimento a direito social fundamental, como é o caso da saúde, não apenas pode vir a limitar esse direito, mas também instala situação de insegurança e da confiança no direito e do direito, o que tem contribuído para a instabilidade das relações sociais brasileiras e, mais ainda, tem minado a confiança dos cidadãos nas instituições públicas.⁷

12. Entender o contrário seria esvaziar o princípio da legalidade de seu conteúdo. O abuso do poder regulamentar é, sem dúvida, uma questão constitucional, pois consiste em afronta direta ao que a Constituição exige da atividade regular da administração – que observe o postulado da supremacia da lei e o princípio da reserva legal. Conforme resumem Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, “especialmente no que diz respeito aos direitos individuais, não há como deixar de reconhecer que a legalidade da restrição aos direitos de liberdade é uma condição de sua constitucionalidade”.⁸ Poucos temas dizem tanto respeito ao coração de proteção de direitos fundamentais quanto a possibilidade de decidir sobre a intervenção de terceiros em processos individuais de saúde e adoecimento, objeto da resolução ora questionada.

1.2.2 PRECEITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS

13. O Conselho Federal de Medicina (CFM), assim como os Conselhos Regionais a ele vinculados, são órgãos disciplinadores da classe médica, mas sua competência regulamentadora da profissão, por óbvio, é restrita ao que os marcos constitucionais e legais autorizam. De acordo com o artigo 5º da Lei Federal nº 3.268/57, que estabelece as atribuições do CFM, as competências desse Conselho são as que se seguem:

Art. 5º São atribuições do Conselho Federal:

a) organizar o seu regimento interno;

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 532. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 14 de julho de 2018. Diário de Justiça da União, 02 ago. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314836950&ext=.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2017. 18 de out. de 2019.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

- b) aprovar os regimentos internos organizados pelos Conselhos Regionais;
- c) eleger o presidente e o secretário geral do Conselho;
- d) votar e alterar o Código de Deontologia Médica, ouvidos os Conselhos Regionais;
- e) promover quaisquer diligências ou verificações, relativas ao funcionamento dos Conselhos de Medicina, nos Estados ou Territórios e Distrito Federal, e adotar, quando necessárias, providências convenientes a bem da sua eficiência e regularidade, inclusive a designação de diretoria provisória;
- f) propor ao Governo Federal a emenda ou alteração do Regulamento desta lei;
- g) expedir as instruções necessárias ao bom funcionamento dos Conselhos Regionais;
- h) tomar conhecimento de quaisquer dúvidas suscitadas pelos Conselhos Regionais e dirimi-las;
- i) em grau de recurso por provocação dos Conselhos Regionais, ou de qualquer interessado, deliberar sobre admissão de membros aos Conselhos Regionais e sobre penalidades impostas aos mesmos pelos referidos Conselhos;
- j) fixar e alterar o valor da anuidade única, cobrada aos inscritos nos Conselhos Regionais de Medicina; e (Incluído pela Lei nº 11.000, de 2004);
- l) normatizar a concessão de diárias, jetons e auxílio de representação, fixando o valor máximo para todos os Conselhos Regionais. (Incluído pela Lei nº 11.000, de 2004).

14. Não está incluída entre as atribuições do Conselho Federal de Medicina a possibilidade de normatizar sobre direitos de pacientes – nem poderia, sob pena de distorcer gravemente as bases de nosso Estado democrático de direito. O CFM, assim como outros conselhos profissionais, tem natureza corporativa, o que fica evidente no fato de suas instâncias deliberativas serem restritas aos profissionais da classe médica, e não preverem qualquer mecanismo de participação pública ou transparência de seus processos decisórios. É por isso que suas competências também se restringem ao processo administrativo de registro, fiscalização e disciplinamento da profissão, não podendo exceder essa restrita esfera.

15. O dispositivo do artigo acima citado que se refere diretamente ao disciplinamento do exercício da medicina está no inciso “d”, que prevê a atribuição de “votar e alterar o Código de Deontologia Médica, ouvidos os Conselhos Regionais”. Isso significa que o poder normativo do Conselho se volta a especificar o que constitui o desempenho ético da medicina, necessariamente em consonância com os marcos constitucionais e legais vigentes no país. Não cabe ao CFM, ao pretender regular a profissão, limitar direitos constitucionais assegurados aos indivíduos, como o direito à

dignidade, à autonomia, à liberdade de consciência e crença e à integridade física e psíquica no acesso à saúde.

16. Ao inovar legislativamente, a resolução acaba por violar o princípio da legalidade, preceito fundamental consolidado pelo art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988, que impõe que somente em virtude de lei se pode tolher a liberdade dos cidadãos. Simultaneamente, viola ainda os preceitos fundamentais da separação de poderes (art. 2º, *caput*) e do devido processo legislativo (art. 5º, LIV), ao adentrar em competência legislativa sem autoridade para tal. O princípio da legalidade é fundamento e limite a todo funcionamento do Estado, que deve ser respeitado também pelo CFM:

Permanece incólume a ideia de lei como instrumento de garantia de direitos fundamentais e como fundamento, limite e controle democráticos de todo o poder no Estado de Direito. O art. 5º, II, da Constituição de 1988, reproduz essa renovada concepção de lei. A ideia expressa no dispositivo é a de que somente a lei pode criar regras jurídicas (*Rechtsgesetze*), no sentido de interferir na esfera jurídica dos indivíduos de forma inovadora. Toda novidade modificativa do ordenamento jurídico está reservada à lei. É inegável, nesse sentido, o conteúdo material da expressão “em virtude de lei” na Constituição de 1988.

[...]

Traduzindo em outros termos, a Constituição diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa que não esteja previamente estabelecida na própria Constituição e nas normas jurídicas dela derivadas, cujo conteúdo seja inovador no ordenamento (*Rechtsgesetze*). O princípio da legalidade, dessa forma, converte-se em princípio da constitucionalidade (Canotilho), subordinando toda a atividade estatal e privada à força normativa da Constituição.⁹

17. A observância do princípio da legalidade é ainda mais importante diante do risco de que normas editadas fora das instâncias democráticas do Estado sobre determinados direitos fundamentais – como o direito à saúde, à dignidade e à autonomia – podem resultar em situações de incerteza que colocam em xeque esses direitos, esvaziando o seu conteúdo. Nesse sentido entendeu a Ministra Cármen Lúcia na ADPF 532 MC/DF, em que sustentou a inconstitucionalidade de ato normativo secundário da ANS que restringia o direito à saúde, ao afirmar que autorizar entidades administrativas a inovarem na ordem jurídica “é anuir em que o direito seja instrumento insuficiente ou incapaz de dotar de segurança as relações sociais, a boa fé que está na base dos contratos firmados, a

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 12a. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

confiança que os negócios devem prover, tudo em contrariedade à conquista constitucional do Estado de Direito”¹⁰.

18. No caso da Resolução nº 2.232/19 do CFM, ora questionada, em que se pretende limitar a possibilidade de indivíduos se recusarem a se submeter a procedimentos invasivos em seus corpos, o risco é ainda mais grave – não se trata de insegurança em negócios jurídicos, mas insegurança quanto à proteção à dignidade, integridade e autonomia de todos os cidadãos, princípios ainda mais fundamentais ao Estado democrático de direito. Diante de uma resolução de efeitos tão graves, editada por entidade autárquica não legitimada para normatizar sobre a matéria, é cabível, portanto, a arguição para reparar lesão aos preceitos fundamentais da separação de poderes (art. 2º, *caput*), da legalidade (art. 5º, II) e do devido processo legislativo (art. 5º, LIV), todos da Constituição Federal de 1988.

1.2.3 SUBSIDIARIEDADE

19. A exigência de que a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental apenas seja manejada quando “inexistir outro meio capaz de sanar a lesividade” não decorre da previsão constitucional da ADPF, mas consta do art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/1999. Por essa razão, é também entendimento desta Corte que esse requisito deve ser interpretado de maneira restritiva: para que não caiba a impetração de ADPF, é necessário que outra possibilidade de ação tenha capacidade de proporcionar resultados semelhantes e eficácia compatível aos obtidos com a ADPF; do contrário, nos termos do Ministro Celso de Mello, “a indevida aplicação do princípio da subsidiariedade poderia afetar a utilização dessa relevantíssima ação de índole constitucional, o que representaria, em última análise, a inaceitável frustração do sistema de proteção, instituído na Carta Política, de valores essenciais, de preceitos fundamentais e de direitos básicos, com grave comprometimento da própria efetividade da Constituição”.¹¹

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 532. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 14 de julho de 2018. Diário de Justiça da União, 02 ago. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314836950&ext=.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2017. 18 de out. de 2019.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 17. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 20 de setembro de 2001. *Diário de Justiça da União*, 28 set. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo243.htm>>. Acesso em: 25 out. 2019.

20. O sistema de controle difuso de constitucionalidade mostra-se incapaz de fazer cessar ou prevenir as violações que o ato normativo ora questionado causa a preceitos fundamentais de forma geral e definitiva, como a ADPF poderia. Dessa maneira, a arguição da lesão apenas no controle difuso pode levar à permanência de inconsistência interpretativa dos diversos tribunais, à insegurança jurídica e, ainda mais grave, a permanência da violação dos preceitos fundamentais que aqui se visa reparar e proteger.¹²

21. É importante pontuar que esta Corte manifestou, na ADPF 388/DF, o entendimento de que a mera existência de outras ações e recursos em vias ordinárias não afasta o cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Isso porque a via difusa de controle de constitucionalidade possui um efeito limitado, que pode não dar conta de solucionar a lesão a preceitos fundamentais.¹³

22. O requisito da Corte para admitir a propositura de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental não analisa, meramente, se há outra ação capaz de impugnar a lesão arguida, mas se essa ação terá uma eficácia equivalente à da ADPF, o que não há para o presente caso. Como entendeu o Tribunal na ADPF 76, a interpretação do requisito de subsidiariedade deve ser feita a partir de uma leitura cuidadosa e comprometida com a proteção da ordem constitucional, que avalie se, de fato, uma outra ação que não a ADPF será capaz de sustar uma lesão relevante a direitos fundamentais.

¹² A esse respeito, importa ver o voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF 33: “É que as ações originárias e o próprio recurso extraordinário não parecem, as mais das vezes, capazes de resolver a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata. A necessidade de interposição de uma pletera de recursos extraordinários idênticos poderá, em verdade, constituir-se em ameaça ao livre funcionamento do STF e das próprias Cortes ordinárias [...]. A possibilidade de incongruências hermenêuticas e confusões jurisprudenciais decorrentes de pronunciamentos de múltiplos órgãos pode configurar uma ameaça a preceito fundamental (pelo menos, ao da segurança jurídica), o que também está a recomendar uma leitura compreensiva da exigência aposta à lei da arguição, de modo a admitir a propositura da ação especial toda vez que uma definição imediata da controvérsia mostrar-se necessária para afastar aplicações erráticas, tumultuárias ou incongruentes, que comprometam gravemente o princípio da segurança jurídica e a própria ideia de prestação judicial efetiva. Ademais, a ausência de definição da controvérsia ou a própria decisão prolatada pelas instâncias judiciais poderá ser a concretização da lesão a preceito fundamental. Em um sistema dotado de órgão de cúpula, que tem a missão de guarda da Constituição, a multiplicidade ou a diversidade de soluções pode constituir-se, por si só, em uma ameaça ao princípio constitucional da segurança jurídica e, por conseguinte, em uma autêntica lesão a preceito fundamental” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 33. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 7 de dezembro de 2005. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 16 dez. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>>. Acesso em: 23 out. 2019).

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 388. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 09 de março de 2016. *Diário de Justiça da União*, 01 ago. 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309917678&ext=.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2019.

Para essa leitura, a condição de eficácia é sinônimo de amplitude, generalidade e imediatidade.¹⁴

23. Por isso, é preciso avaliar a existência de outro meio eficaz para questionar a mesma matéria no conjunto das ações diretas, quais sejam, Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade. Uma vez que a resolução ora questionada, embora seja um ato normativo de natureza secundária, possui efeitos abrangentes – para todas as pessoas na potencial condição de pacientes submetidos a tratamentos médicos – e que comprometem os direitos fundamentais garantidos pela ordem constitucional, não há que se falar em controle por qualquer outra espécie de processo objetivo, resta configurado o cabimento da presente ADPF. Uadi Lammêgo entende que “ato inconstitucional com efeitos *erga omnes*” não pode ser objeto de controle difuso.¹⁵

24. A urgência de um pronunciamento geral, definitivo e vinculante sobre temas tratados pela presente ADPF – o qual apenas esta Corte possui competência para proferir – evidencia-se diante dos diversos atos normativos que vêm sendo editados por conselhos regionais de medicina no intuito de restringir direitos aqui discutidos, como o direito de pacientes que estão grávidas e pacientes Testemunhas de Jeová.¹⁶ Muitas delas já foram alvo de Ações Cíveis Públicas, e uma, oriunda do CFM, alvo de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, apresentada pela ex-Procuradora-Geral de República, Raquel Dodge.¹⁷ É preciso, portanto, uniformizar o entendimento acerca do

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 76. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 13 de fev. de 2006. Diário de Justiça da União, 20 fev. 2006. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2311745>>. Acesso em: 23 out. 2019.

¹⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 11a. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

¹⁶ Dentre elas estão a Resolução nº 193/19, do Conselho Regional de Medicina de Santa Catarina, e a Resolução nº 293/2019, do CREMERJ, que proíbem a adesão de médicos a documentos em que mulheres expressam suas preferências sobre o parto; a Resolução nº 265/12, do CREMERJ, que proíbe a participação de médicos em partos domiciliares; a Resolução nº 266/12, do CREMERJ, que veda a participação de doulas, obstetrias e parteiras, durante e após o parto; e a Resolução do nº 136/1999 do CREMERJ, que permite a transfusão de sangue mesmo contra a vontade prévia ou atual dos pacientes maiores e capazes. Recentemente, no dia 12 de dezembro do presente ano, a Resolução nº 193/19 foi anulada, em 1º instância, pela 12ª Vara Federal do Rio de Janeiro, na Ação Civil Pública nº 5061750-79.2019.4.02.5101/RJ sob o entendimento de que vedar a subscrição, pelo médico, do plano de parto viola os direitos das mulheres grávidas.

¹⁷ BRASIL. Seção Judiciária de Santa Catarina. Ação Civil Pública nº 5026644-10.2019.4.04.7200. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina. <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtPalavraGerada=huNZ&hdnRefId=b3816120b51f43d3d738c82d5424d54b&selForma=NU&txtValor=5026644-10.2019.4.04.7200&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=SC&sisistema=&codigoparte=&txtChave=&paginaSubmeteuPesquisa=letras>. Acesso em 18 dez. 2019; BRASIL. Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Ação Civil Pública nº 061750-79.2019.4.02.5101/RJ. Autor: Ministério Público Federal; Defensoria Pública da União. Réu: Conselho Regional de Medicina do Estado do

direito das e dos pacientes de tomarem decisões sobre se desejam e como desejam se submeterem a procedimentos de saúde, em especial porque a resolução aqui questionada afronta, diretamente, direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

25. Decisões como a liminar proferida no dia 17 de dezembro do presente ano na Ação Civil Pública nº 5021263-50.2019.4.03.6100, que tramita na 8ª Vara Cível Federal de São Paulo, que suspendeu a eficácia do § 2º do artigo 5º da Resolução CFM nº 2232/2009, e parcialmente a eficácia dos artigos 6º e 10º da mesma resolução, são, sem dúvidas, importantes, mas não são capazes de uniformizar o entendimento sobre a possibilidade de limitação aos direitos de pacientes de grupos vulneráveis – como mulheres, idosos, pessoas com deficiência e pessoas vivendo com doenças transmissíveis –, e tampouco revelam-se instrumentos adequados para dar conta da discussão constitucional que se pretende com a presente ação. Diante da frequência de novas resoluções como as citadas no parágrafo anterior, é necessário um pronunciamento do Supremo Tribunal Federal acerca da conduta de conselhos profissionais de medicina de, usurpando o papel do legislador, limitarem direitos constitucionais. Destaque-se que a Ação Civil Pública em questão tratou, especificamente, dos direitos das pacientes grávidas, tornando necessária a apreciação das outras tantas ameaças de violações de direitos trazidas pela resolução – e de sua inconstitucionalidade de fundo.

26. Na ADPF 489 MC/DF, esta Corte evidenciou que, no marco do Estado constitucional, a Administração Pública passa a ter também a função de dar efetividade à Constituição, de modo que suas medidas devem observar a lei e os direitos e garantias constitucionais. Assim, a administração não age apenas observando a legalidade, mas dentro de um bloco de legalidade no qual situa-se a Constituição. No julgado, o tribunal revogou portaria do Ministério do Trabalho que restringiu o conceito de “redução à condição análoga a escravo”, pelo fato de que a normativa vulnerava princípios basilares da Constituição. Diante da solução satisfatória exigida pela controvérsia, a ADPF foi julgada cabível, pois meios ordinários seriam insuficientes para reparar as lesões a preceitos fundamentais inscritas na portaria. A Resolução do CFM, de maneira semelhante,

Rio de Janeiro - CREMERJ. Sentença proferida em 13 de dezembro de 2019. Disponível em: https://eproc.jfjrj.jus.br/eproc/controlador.php?acao=minuta_imprimir&acao_origem=acessar_documento&hash=7033993e32b44f2ac23ef250ef6d968b>. Acesso em 17 dez. 2019; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Ação Civil Pública nº 0041307-42.2012.4.02.5101 (TRF2 2012.51.01.041307-8). Apelante: Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro. Apelado: Conselho Regional de Enfermagem do Rio de Janeiro e outros. Acórdão proferido em 13 de janeiro de 2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5769402>>. Acesso em 18 dez. 2019..

viola princípios basilares da Constituição, razão pela qual sujeita-se ao controle da presente ADPF.¹⁸

27. Ademais, na RCL 31.818/MC, a Ministra Cármen Lúcia entendeu que, quando a declaração de inconstitucionalidade for o núcleo dos fundamentos da demanda, não é cabível o controle incidental de constitucionalidade, sob pena de haver usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.¹⁹ O núcleo da presente ação é, justamente, o reconhecimento da inconstitucionalidade da Resolução nº 2.232/19 do CFM por violação a preceitos fundamentais da legalidade, separação de poderes e devido processo legislativo que, por sua vez, garantem na matéria específica a estabilidade da ordem constitucional para proteger os direitos fundamentais à dignidade, autonomia, integridade física e psíquica e proteção contra a tortura e tratamento desumano e degradante no acesso à saúde, conforme será exposto a seguir.

2. O VÍCIO DE ORIGEM COMO INCONSTITUCIONALIDADE – CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA NÃO PODE LEGISLAR SOBRE DIREITOS DE PACIENTES

28. O objeto central da Resolução nº 2.232 de 2019 do Conselho Federal de Medicina é estabelecer “normas éticas para a recusa terapêutica”. O artigo 1º da referida resolução corretamente identifica que esse é “um direito do paciente a ser respeitado pelo médico”, consistente na possibilidade de rejeitar qualquer tratamento de saúde. No entanto, ao pretender estipular critérios e condicionantes segundo os quais a recusa terapêutica deveria ser aceita ou recusada pelo profissional médico, esse Conselho extrapola sua esfera de atuação e cria novas obrigações e limitações a direitos fundamentais incompatíveis com os parâmetros constitucionais e legais que já protegem os cidadãos contra interferências não autorizadas em seus corpos e processos de saúde e adoecimento. A vinculação da recusa terapêutica com o tema da objeção de consciência, presente desde o preâmbulo da resolução, é apenas uma delas, como se verá a seguir.

29. O termo recusa terapêutica não está presente na Constituição Federal nem em nenhuma outra legislação nacional ou tratado internacional ratificado pelo Brasil sobre

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 489. Relator: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 23 de outubro de 2017. Diário da Justiça, Brasília, DF, 25 out. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF489liminar.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2019.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 31818. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 09 de abril de 2019. Diário de Justiça da União, 24 abril. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5544782>>. Acesso em: 23 out. 2019.

direitos civis e políticos ou sobre direitos fundamentais vinculados ao acesso à saúde. Mas a sua ausência não significa falta de parâmetros para o tema. Pelo contrário. O uso do termo e o enquadramento oferecido pelo Conselho Federal de Medicina pode sugerir que a submissão a tratamentos médicos seria a regra e quase o dever de todos os cidadãos, enquanto a possibilidade de opor-se à sua realização seria a exceção, a ser autorizada pelo médico conforme critérios restritos estipulados por essa entidade corporativa. Tal interpretação é absolutamente incompatível com o marco constitucional e as bases de nosso Estado democrático de direito.

30. A própria exposição de motivos da resolução assim o reconhece. O direito à recusa terapêutica, se tivermos de chamá-lo dessa maneira, já está assentado no reconhecimento da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República (art. 1º, inciso III, CF/88), a qual deve ser entendida, nesse contexto, como a possibilidade que cada cidadão tem de tomar decisões autônomas e eticamente relevantes sobre a própria vida, saúde e integridade. A leitura desse preceito é reforçada pelo que dispõe o artigo 5º também da Constituição Federal, segundo o qual deve-se assegurar a todos a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à igualdade, ao mesmo tempo em que se garante que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (inciso II) e “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (inciso III).

31. O direito à recusa terapêutica poderia ser traduzido simplesmente pelo direito de não ser submetido a tratamento forçado – que é uma espécie de tortura, tratamento desumano ou degradante. Importante ressaltar que a classificação de tratamento desumano ou degradante independe da intencionalidade de causar dor severa ou obter propósito específico, que são requisitos da tortura. Caso seja infligida severa dor física ou mental, intencionalmente ou não, a partir de tratamentos abusivos ou não consentidos, com aquiescência do Estado ou de agentes privados exercendo funções de interesse público, já se pode considerar que se trata de tratamento desumano ou degradante. Esse conceito já tem sido internacionalmente utilizado para o contexto de violações de direitos em serviços de saúde.²⁰

32. Todos esses preceitos se aplicam nacionalmente ao contexto de acesso aos serviços de saúde e à relação médico-paciente, conforme reforça a Lei nº 8.080/90, que

²⁰ CENTER FOR HUMAN RIGHTS & HUMANITARIAN LAW - ANTI-TORTURE INITIATIVE. Torture in Healthcare Settings: Reflections on the Special Rapporteur on Torture's 2013 Thematic Report. Washington College of Law, American University, 2014. Disponível em: http://antitorture.org/wp-content/uploads/2014/03/PDF_Torture_in_Healthcare_Publication.pdf. Acesso em 19 nov. 2019.

dispõe sobre “as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde”, segundo a qual as ações e serviços públicos ou privados de saúde devem ser desenvolvidos conforme os princípios da “preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral” (art. 7º, inciso III), e do “direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde” (art. 7º, inciso V). Nesse mesmo sentido, o Código Civil explicita, no capítulo dos direitos da personalidade, que ninguém pode ser constrangido a submeter-se a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica (art. 15).

33. Tão grave é a intervenção médica realizada sem consentimento que pode ser tipificada como crime de constrangimento ilegal, na forma do artigo 146 do Código Penal, o qual apenas exime de pena “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). Qualquer outra intervenção não autorizada pode, portanto, ensejar a persecução criminal do profissional de saúde que não respeita a vontade do indivíduo.

34. A defesa de uma tutela penal da liberdade individual de maneira geral, mas igualmente aquela atingida por uma intervenção médica contra a vontade do paciente sem risco de vida, é justificada por Nelson Hungria como “o interesse de isenção de entraves à afirmação da personalidade humana no ambiente social – interesse que, dentro das fronteiras da ordem jurídica, compete a cada indivíduo em face dos outros indivíduos e dos órgãos do Estado”.²¹ Importante destacar ainda que a tradicional doutrina de direito penal de Nelson Hungria, ao discorrer sobre o crime de constrangimento ilegal, é bastante enfática contra o que denomina de “tratamento arbitrário”, ou seja, aquele realizado por vontade médica prevalente, contra a opinião do paciente, sendo sua conclusão taxativa de que:

“o tratamento arbitrário só é declarado lícito quando justificado por *iminente perigo de vida*. 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 de 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 debelada pelo tratamento a aplicar. Não é

²¹ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, volume VI, artigos 137 a 154. Rio de Janeiro: Forense, 4ª. ed. 1958, p. 136.

suficiente uma possibilidade mediata do evento letal ou condicionada a eventuais complicações” (grifo original).²²

35. Mesmo o Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 2.217/18) segue no mesmo sentido, ao evidenciar ser vedado ao médico, por exemplo, “deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte” (art. 22), “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*” (art. 24, grifo nosso), “desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte” (art. 31), “deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal” (art. 34), “opor-se à realização de junta médica ou segunda opinião solicitada pelo paciente ou por seu representante legal” (art. 39).

36. Muito embora reconheça todos esses parâmetros constitucionais e legais como bases de sustentação da resolução, o Conselho Federal de Medicina avança em estipular critérios e obstáculos adicionais ao respeito ao direito de todas as pessoas em determinar a quais procedimentos de saúde desejam submeter-se, sem deter legitimidade para tanto, ferindo portanto, como já dito, os preceitos fundamentais da separação de poderes (art. 2º, ‘caput’), da legalidade (art. 5º, II) e do devido processo legislativo (art. 5º, LIV).

37. O resultado prático da resolução é permitir a imposição de tratamento forçado a qualquer pessoa, com especial impacto em grupos populacionais vulneráveis, em desacordo com parâmetros nacionais e internacionais de direitos humanos, conforme se explorará a seguir em distintos eixos: i) a imposição de condicionantes indevidas à recusa terapêutica de todas as pessoas; ii) o desrespeito à capacidade decisória de crianças, adolescentes, pessoas com deficiência, em sofrimento mental e idosos; iii) a previsão ilegítima de novas formas de abuso de direito, que se subdividem no desrespeito à capacidade decisória de pessoas acometidas por doenças transmissíveis e no desrespeito à capacidade decisória de mulheres grávidas, homens transexuais e outras pessoas que

²² HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, volume VI, artigos 137 a 154. Rio de Janeiro: Forense, 4ª. ed. 1958, p. 179.

possam gestar. Por fim, será explorada a possibilidade de imposição de tratamento forçado a qualquer pessoa pela aproximação indevida entre recusa terapêutica e objeção de consciência, com especial risco a pessoas já vulnerabilizadas nas suas decisões autônomas de saúde por discriminação religiosa, como os Testemunhas de Jeová.

2.2 A IMPOSIÇÃO DE CONDICIONANTES INDEVIDOS À RECUSA TERAPÊUTICA DE TODAS AS PESSOAS

38. O artigo 2º da resolução em questão já traz uma condicionante não prevista no marco constitucional, tampouco na legislação vigente em relação à saúde: afirma que é “assegurado ao paciente [...] o direito de recusa à terapêutica proposta em tratamento eletivo, de acordo com a legislação vigente”. Ao destacar a possibilidade de recusa apenas em tratamentos eletivos, a resolução exclui de sua incidência todas as outras situações em que as pessoas podem legitimamente se recusar à intervenção médica em seus corpos.

39. Tratamentos eletivos referem-se a procedimentos opcionais ou a agravos menores ou não agudos, que não requerem atenção médica imediata, podendo, portanto, serem postergados ou agendados conforme a conveniência do paciente e sua condição – ou, até mesmo, nem serem feitos. Tais tratamentos são diferentes das situações de urgência e emergência. Situações de emergência dizem respeito àquelas em que há risco iminente de vida ou sofrimento intenso. Situações de urgência, por sua vez, se caracterizam quando não há risco iminente, mas um grau menor de gravidade.²³ Essas classificações são utilizadas para organizar o atendimento em saúde e orientar as prioridades de atenção dos profissionais, mas não são critérios minimizadores da capacidade decisória e autonomia das pessoas em sofrimento, inclusive porque é possível que sejam definidas com base em critérios subjetivos, como o valor que o profissional atribui a um estado de saúde enquanto urgência ou emergência. Dependendo do quadro do paciente, uma situação de rotina pode vir a se tornar uma situação de urgência, bem como uma situação de urgência pode tornar-se uma situação de emergência.²⁴

²³ VIEIRA DA MOTTA, M.; MENA, H.; PIACSEK, G. Urgência e Emergência. Os conceitos frente às normas administrativas e legais e suas implicações na clínica médica. *Saúde, Ética & Justiça*, v. 22, n. 2, p. 81-94, 12 dez. 2017; GIGLIO-JACQUEMOT, A. Definições de urgência e emergência: critérios e limitações. In: *Urgências e emergências em saúde: perspectivas de profissionais e usuários* [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2005. Antropologia e Saúde collection, pp. 15-26. ISBN 978-85-7541-378-4. Disponível em SciELO Books <<http://books.scielo.org>>. Acesso em 12 dez. 2019.

²⁴ CARVALHO, Ricardo Wathson Feitosa de; PEREIRA, Carlos Umberto; LAUREANO FILHO, José Rodrigues e VASCONCELOS, Belmiro Cavalcanti do Egito. O paciente cirúrgico: parte I. *Rev. cir. traumatol. buco-maxilo-fac.* [online]. 2010, vol.10, n.4, pp. 85-92. ISSN 1808-5210. Disponível em: <http://revodonto.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-52102010000400013>. Acesso em 04 dez. 2019.

40. O Código Penal apenas exime de pena quem realiza intervenção médica sem consentimento da própria pessoa em caso de risco iminente de morte. Essa é uma situação extrema e é preciso lê-la de forma restritiva conforme os princípios constitucionais e direitos fundamentais que a informam: pressupõe-se que ocorra quando a pessoa submetida ao procedimento não pode consentir, tampouco haja expressado diretiva antecipada de vontade. Mesmo em risco iminente de morte, caso esteja em condições de expressar sua vontade, alguém pode recusar-se a ser submetido a tratamento de saúde, situação em que sua decisão ainda deve ser soberana, para que se respeitem todos os direitos fundamentais acima elencados: à dignidade, autonomia, integridade física e psíquica e vedação a tratamento forçado.

41. Por isso, também é inadequada a previsão do artigo 11 da referida resolução, quando prevê que em caso de “iminente perigo de morte, o médico deve adotar todas as medidas necessárias e reconhecidas para preservar a vida do paciente, independentemente da recusa terapêutica”. Não há nenhuma previsão constitucional que autorize o médico a afastar a decisão soberana de uma pessoa sobre si para impor-lhe tratamento, nem mesmo a iminência de morte. A sobrevivência de um paciente interessa primordialmente a si próprio e é apenas o próprio indivíduo que pode conferir sentido à sua vida, com base em suas crenças e convicções, além de seu bem-estar e integridade.

42. Importa dar concretude ao que essa previsão significa. Gianna Baretta Molla era uma médica italiana que viveu na primeira metade do século XX. Casada, teve três filhos, até que descobriu um fibroma no útero durante a quarta gravidez. A tal ponto seu quadro se agravou que a única perspectiva para sua sobrevivência, conta-se, seria a interrupção da gravidez. Gianna recusou-se a essa terapêutica, pois avaliou, segundo seus valores religiosos, que levar a gestação até o fim, sob risco iminente de morte, era o que lhe trazia sentido à vida. Gianna deu à luz uma menina e, em seguida, faleceu. Foi canonizada em 2004 pela Igreja Católica.²⁵ Sob a vigência dessa resolução, Santa Gianna, como é conhecida, não poderia ter tomado sua decisão privada de saúde e fé, já que sua recusa terapêutica seria ignorada pelos médicos.

43. Além disso, entre o tratamento eletivo e o risco iminente de morte há um amplo espectro de situações em saúde, como casos de rotina, ou mesmo de urgência e

²⁵ História de Santa Gianna Baretta Molla. Disponível em: <<https://cruzterrasanta.com.br/historia-de-santa-gianna--baretta-molla/370/102/>>. Acesso em 12 dez. 2019.

emergência,²⁶ nas quais não é autorizado que se façam intervenções médicas sem o consentimento da pessoa em questão. Todos os parâmetros constitucionais e legais acima elencados assim o indicam: a necessidade de consentimento informado é a regra, e seu afastamento apenas pode ser tolerado em situação excepcionalíssima – o risco de morte iminente de alguém que não possa consentir, nem tenha previamente expressado sua vontade. Pretender conceituar recusa terapêutica de forma diversa e condicioná-la a tratamentos eletivos está fora do âmbito de competência do Conselho Federal de Medicina, é ilegal e inconstitucional.

44. O artigo 1º da resolução também apresenta a possibilidade de uma condicionante indevida quando estabelece que a recusa terapêutica é “um direito do paciente a ser respeitado pelo médico, desde que esse o informe dos riscos e das consequências previsíveis de sua decisão”. O acesso à informação é parte do processo de consentimento livre e esclarecido – as pessoas devem ter acesso integral à informação sobre seu quadro de saúde e às possibilidades terapêuticas disponíveis para decidirem de forma bem embasada sobre os cuidados que irão receber, como esclarece o art. 7º, inciso V, da Lei nº 8.080/90. Assim, é louvável que se recorde sobre o dever médico de oferecer a informação. No entanto, é incorreto assumir que o respeito ao direito à recusa está condicionado ao ato médico de informar sobre riscos e consequências dos procedimentos.

45. Não há condicionalidade a ser imposta ao direito de recusa, uma vez que qualquer pessoa tem o direito absoluto de recusar um tratamento por qualquer razão, racional ou irracional, ou por razão nenhuma, mesmo que a sua decisão possa conduzir à morte.²⁷ Nesse sentido, é preciso compreender que as pessoas podem até mesmo recusar-se a receber a informação e decidir pela recusa ao tratamento ainda assim. A interpretação conforme a Constituição desse artigo impõe reforçar que o dever de informar faça parte do ofício médico em qualquer situação, mas não que possa ser oposto ao direito do paciente de não se submeter a tratamento.

²⁶ GIGLIO-JACQUEMOT, A. Urgências e emergências em saúde: perspectivas de profissionais e usuários [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2005. Antropologia e Saúde collection. 192 p. ISBN 978-85-7541-378-4. Available from SciELO Books <<http://books.scielo.org>>.

²⁷ EDOZIEN, Leroy C. *Self-determination in Health Care*. Surrey: Ashgate, 2015. ALBUQUERQUE, Aline. *Direitos Humanos dos Pacientes*. Curitiba: Juruá, 2016.

2.3 O DESRESPEITO À CAPACIDADE DECISÓRIA DE CRIANÇAS, ADOLESCENTES, PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, EM SOFRIMENTO MENTAL E IDOSOS

46. A resolução também pretende, em seu artigo 2º, delimitar quem é o indivíduo que pode exercer o direito fundamental de se recusar a tratamento de saúde, quando afirma que “é assegurado ao paciente maior de idade, capaz, lúcido, orientado e consciente, no momento da decisão, o direito de recusa [...]”. Essa descrição do paciente ideal opera uma restrição grave de direitos fundamentais, pois pode desobrigar o médico de seu dever de buscar o consentimento informado de um grupo vasto de pessoas, como pessoas com deficiência, em sofrimento mental, crianças, adolescentes e mesmo idosos.

47. Em primeiro lugar, é preciso ressaltar que a resolução do CFM faz uma confusão acerca do conceito de capacidade. Não há sentido em limitar o direito de recusa terapêutica à capacidade, pois, segundo o Código Civil, “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” (art. 1º).²⁸ Ao fazê-lo, a resolução causa uma confusão entre o que é capacidade civil (art. 1º), ou seja, capacidade de ter direitos, e a capacidade negocial, na qual fundamentam-se as hipóteses de incapacidade dos artigos 3º e 4º do Código.²⁹ O conceito de capacidade para expressar consentimento sobre tratamentos médicos é muito mais sensível do que a noção de capacidade negocial, uma vez que se refere a decisões cruciais sobre a integridade física e psíquica dos indivíduos, as quais não podem se dar distantes de seus interesses mais íntimos e sua dignidade.³⁰ A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência deixa isso claro quando afasta a perspectiva de substituição de vontade centrada na proteção patrimonial, trazendo uma perspectiva que valoriza a dimensão existencial, e que entende que a vontade de uma pessoa com deficiência não pode ser substituída, mas apoiada por instrumentos moldadas às suas potencialidades para tomar decisões, tanto no plano existencial, quanto no plano patrimonial.³¹

48. Na medida em que o Código Civil, quando apresenta as hipóteses da incapacidade, está se referindo à capacidade negocial – diferente, portanto, de decisões

²⁸ Em seu preâmbulo, a resolução esclarece que se baseia no conceito de capacidade civil do Código Civil: “CONSIDERANDO o disposto no Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2012) em relação à capacidade civil, à autonomia do paciente e ao abuso de direito”.

²⁹ ALBUQUERQUE, Aline. Capacidade Jurídica e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2018.

³⁰ ALVES, Rainer; FERNANDES, Márcia. O poder decisório da criança e do adolescente na área da saúde. XI Semana de Extensão, Pesquisa e Pós-Graduação - SEPesq Centro Universitário Ritter dos Reis. Outubro, 2015. Disponível em: <https://www.uniritter.edu.br/files/sepesq/arquivos_trabalhos/3612/959/1105.pdf>. Acesso em 05 dez. 2019

³¹ PEREIRA, Jacqueline Lopes; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Avanços e retrocessos ao sentido de capacidade legal: panorama prospectivo sobre decisões existenciais de pessoas com deficiência. Revista Pensar, Fortaleza, v. 23, n. 3, p. 1-13, jul./set. 2018. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/download/7583/pdf>>. Acesso em 12 dez. 2019.

terapêuticas –, justifica-se uma maior restrição ao exercício de escolha. A capacidade negocial é uma qualificação jurídica da vontade criadora de um negócio jurídico. Para aquelas pessoas a quem não se reconhece capacidade negocial, não se desconsidera que a vontade exista, mas assume-se que ela não está apta a produzir efeitos no âmbito negocial. Já nas relações de cuidados em saúde, em que o que está em jogo não são bens materiais e negócios jurídicos, mas a integridade física e psíquica do paciente, a vontade não é, e nem pode ser, qualificada juridicamente. Impedir pacientes aptos a emitir preferências sobre intervenções em seus corpos de se oporem a tratamentos que terão impactos sobre sua integridade física e psíquica viola o princípio da dignidade da pessoa humana.³²

49. Diferente da capacidade negocial, a capacidade de direito surge com o nascimento com vida. Como afirma Paulo Lôbo, “ao nascer, a pessoa adquire o conjunto de direitos que lhe são próprios [...] normas jurídicas de diversas procedências incidem imediatamente, gerando direitos subjetivos, como [...] os direitos consagrados na Constituição como prioritários da criança e do adolescente e regulamentados no Estatuto da Criança e do Adolescente”.³³ Dentre esses direitos, está o direito à saúde e o direito da criança e do adolescente de terem suas opiniões consideradas nos assuntos que lhes dizem respeito. Ou seja, o fato de não terem capacidade negocial não lhes retira a titularidade de direitos subjetivos assegurados pela Constituição e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).³⁴

50. É certo que a “condição peculiar” de “pessoas em desenvolvimento” de crianças e adolescentes, como reconhecida pelo ECA (art. 6º), exige que a capacidade decisória para questões cruciais de saúde seja avaliada com cuidado – o que não é o mesmo de desconsiderá-la de plano. Algumas legislações e tribunais já diferenciam a capacidade civil ordinária para a prática de atos da vida civil da capacidade do paciente para tomar decisões sobre sua própria saúde. É o caso do Canadá, em que a capacidade para a tomada de decisões em saúde não está atrelada à idade, mas à capacidade de entendimento do paciente sobre a natureza e as consequências do tratamento médico, considerada à luz do

³² ALBUQUERQUE, Aline. Autonomia e capacidade sanitária: proposta de arcabouço teórico-normativo. *Rev. Bioética y Derecho* [online]. 2018, n.43 [citado 2019-11-26], pp.193-209. Disponível em: <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872018000200014&lng=es&nrm=iso>. Acesso em 26 nov. 2019.

³³ LÔBO, Paulo. *Direito civil : parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

³⁴ O ECA define que faz parte do direito à liberdade das crianças e adolescentes o direito de opinião e expressão. (Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: II - opinião e expressão).

dever de proteção de seu melhor interesse. Na Argentina, considera-se que o adolescente entre 13 e 16 anos já possui capacidade para decidir sobre sua saúde e corpo.³⁵

51. A literatura médica já oferece métodos para avaliar a capacidade de crianças e adolescentes de tomarem decisões autônomas, sem a autorização de terceiros, a respeito de sua saúde. Um deles é o Instrumento de Avaliação de Competências MacArthur – MacCAT, cujos parâmetros são: (i) compreensão da situação; (ii) capacidade de raciocínio sobre os problemas envolvidos; (iii) capacidade de apreciar os resultados relacionados à decisão; e (iv) expressão de uma escolha. Estudos feitos a partir deste teste indicam que crianças maiores de 12 anos já detêm habilidade para tomar decisões sobre sua própria saúde, sendo que, por volta dos 14 a 15 anos, essa habilidade é considerada semelhante à dos adultos.³⁶

52. O respeito à capacidade de crianças e adolescentes de expressarem suas opiniões é consistente não apenas com o marco constitucional, como também com o marco infraconstitucional e internacional de proteção dos direitos humanos. O Artigo 12 da Convenção dos Direitos da Criança, da qual o Brasil é signatário,³⁷ determina que os Estados assegurem às crianças e adolescentes que estiverem aptos a formular seus próprios juízos o direito de expressarem suas opiniões livremente sobre todos os assuntos que lhes dizem respeito, em função de sua idade e maturidade. O Comitê que monitora o cumprimento da Convenção determina que os serviços de saúde, no intuito de obterem o consentimento informado da criança ou adolescente, forneçam informações adequadas à sua idade e capacidade de compreensão, ressaltando que há casos em que a dispensa do consentimento do responsável legal pode, sim, fazer parte de seu melhor interesse. De outro modo não dispõe o ECA: o artigo 15 do Estatuto assegura o direito de opinião e expressão e o artigo 17, o direito à inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, que inclui o respeito à autonomia.

53. Isso não significa que, em determinadas situações, crianças e adolescentes não possam ter sua recusa terapêutica total ou parcialmente desconsiderada, a fim de preservar o seu melhor interesse, mas isso só pode ocorrer quando for demonstrado que

³⁵ ALBUQUERQUE, Aline. Autonomia e capacidade sanitária: proposta de arcabouço teórico-normativo. *Rev. Bioética y Derecho* [online]. 2018, n.43 [citado 2019-11-26], pp.193-209. Disponível em: <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872018000200014&lng=es&nrm=iso>. Acesso em 26 nov. 2019.

³⁶ MICHAUD, Pierre André et al. Assessing an adolescent's capacity for autonomous decision-making in clinical care. *Journal of Adolescent Health*, v. 57, n. 4, p. 361–366, 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1016/j.jadohealth.2015.06.012>>. Acesso em 10 dez. 2019.

³⁷ BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em 26 nov. 2019.

não possuem habilidades para tomar uma decisão naquele momento nem mesmo de forma amparada, ou com suporte de seus representantes legais. Até que se determine isso, a regra é que crianças e adolescentes tenham direito ao consentimento informado em função de sua idade e maturidade, no intuito de que possam assumir um nível de responsabilidade cada vez maior em relação à sua saúde e desenvolvimento.³⁸

54. Além disso, os termos utilizados no artigo 2º da resolução, que exigem que o paciente, além de maior de idade, seja considerado “capaz, lúcido, orientado e consciente, no momento da decisão” e o artigo 3º, que determina que “em situações de risco relevante à saúde, o médico não deve aceitar a recusa terapêutica de paciente menor de idade ou de adulto que não esteja no pleno uso de suas faculdades mentais, independentemente de estarem representados ou assistidos por terceiros” podem levar à desconsideração da vontade de pessoas que precisam de suporte para expressá-la, como pessoas em sofrimento mental, com deficiência ou até mesmo idosos.

55. Órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos, como o Comitê dos Direitos da Criança³⁹ e o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁴⁰ das Nações Unidas reconhecem que a diminuição da capacidade decisional, que implica na necessidade de suporte para compreender, formular ou expressar vontades, não é motivo para que o paciente seja privado de seu direito de decidir sobre sua própria saúde, sendo o curador um último recurso para a obtenção do consentimento do paciente. Nos trabalhos preparatórios da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em discussão sobre como o tratado lidaria com a questão da capacidade, a delegação brasileira, preocupada com que essas pessoas fossem consideradas como incapazes de ter e exercer seus direitos, discordou que fosse adotada uma disposição restritiva de sua capacidade legal, pois todas as pessoas, mesmo aquelas com deficiências graves, possuem capacidade total de ter direitos – ou seja, capacidade legal –, ainda que precisem de ajuda para exercê-los.⁴¹

³⁸ NACIONES UNIDAS. Comité de los Derechos del Niño. Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). 29 de mayo de 2013. Disponível em: <<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=51ef9aa14>>. Acesso em 04 dez. 2019.

³⁹ UNITED NATIONS. Committee on the Rights of the Child. General Comment No. 12 (2009): The right of the child to be heard. 1 July 2009. Disponível em: <<https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf>>. Acesso em 04 dez. 2019.

⁴⁰ NACIONES UNIDAS. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general N° 1 (2014). 19 de mayo de 2014. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/23/PDF/G1403123.pdf?OpenElement>>. Acesso em 04 dez. 2019.

⁴¹ UNITED NATIONS. Daily summary of discussion at the fifth session 25 January 2005. 2005. Disponível em: <<https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc5sum25jan.htm>>. Acesso em 4 dez. 2019.

56. A representação ou assistência não afastam a titularidade do direito, que continua sendo do indivíduo. Em todos os casos, o paciente continuará tendo o direito de participar da tomada de decisão, ainda que não pessoalmente, não podendo ser submetido a tratamento forçado. O que pode acontecer é o paciente precisar de um acolhimento diferenciado, que seja sensível e adequado às suas particularidades de entendimento, formulação e expressão.⁴² Esse suporte não pode ser ignorado ou negado, como sugere o artigo 2º, tampouco afastado de plano para o acionamento de autoridades externas, como indica o artigo 3º, sem que haja a comprovação de que a assistência não está colaborando ao melhor interesse do indivíduo.

57. Por essas razões, o conceito de capacidade é reexaminado no debate sobre deficiência. A ideia de que os limites são do indivíduo – que, supostamente, não poderia decidir por si mesmo, como indicam os requisitos restritos do artigo 2º – é substituída pela constatação de que os limites para o acolhimento da diversidade de necessidades são, na verdade, sociais. Entende-se, ademais, que a interdependência é uma marca da vida em sociedade: em muitos casos, não apenas de deficiência, como também de doenças crônicas, condições transitórias de vulnerabilidade ou idade, a dependência não poderá ser evitada. Sendo assim, cabe aos provedores de cuidado em saúde criar condições favoráveis para que o cuidado seja exercido sem a anulação do indivíduo, para o que é fundamental pensar, por exemplo, a deficiência para além do modelo médico, levando em consideração a experiência subjetiva das pessoas e os obstáculos sociais que lhe são impostos para o exercício da autonomia.⁴³

58. Nas palavras de Anahi Guedes, Adriano Nuernberg e Pamela Block,⁴⁴ no paradigma da inclusão social a sociedade tem o dever de se adaptar à diversidade de existências e formas de interação com o mundo de pessoas com deficiência para garantir condições de acessibilidade aos direitos que devem ser garantidos a todos. Expressões como “pleno uso de faculdades mentais” e as exigências de “lucidez”, “capacidade”, “orientação” e “consciência”, sem quaisquer referências às necessidades das pessoas com deficiência ou em sofrimento mental, operam restrições discriminatórias ao direito de recusa terapêutica. Se o dever de obter o consentimento livre e informado está no centro do

⁴² ALBUQUERQUE, Aline. Capacidade Jurídica e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2018.

⁴³ DINIZ, Debora. *O que é deficiência*. São Paulo: Brasiliense, 2007.

⁴⁴ GUEDES, Anahi; NUERNBERG, Adriano; BLOCK, Pamela. Os estudos sobre deficiência no Brasil: passado, presente e futuro. Disponível em: <http://www.museusaccessiveis.com.br/arquivosDown/20190204152903_os_estudos_sobre_a_deficic%C2%Ancia_no_brasil_-_passado,_presente_e_futuro_-_anahi_mello,_pamela_block_e_adriano_nuernberg.pdf>. Acesso em 02 dez. 2019.

exercício de uma prática médica ética, os meios para obtê-lo devem ser adaptados para que sejam acessíveis a todas as pessoas.

59. É possível que a pessoa esteja com a capacidade de entendimento reduzida, mas ainda assim possa expressar sua vontade, caso conte com suporte adequado para tanto. Segundo o documento Consentimento Informado em Adultos com Deficiência de Desenvolvimento (em inglês, *Informed Consent in Adults with Developmental Disabilities*), desenvolvido pela Surrey Place Centre, uma instituição canadense especializada em serviços clínicos para crianças e adultos com deficiência de desenvolvimento, visual ou vivendo no espectro autista, a capacidade do paciente para decidir pode variar de acordo com o suporte que é fornecido, pois é possível que precise de adaptações nas abordagens e meios de comunicação para que consiga expressar sua vontade de consentir ou recusar o tratamento. Recursos como imagens, símbolos e gestos podem ser necessários para que melhor compreenda a informação.⁴⁵

60. O direito ao consentimento informado é tão importante que, para a Surrey Place Centre, a capacidade de consentimento do paciente com deficiência deve ser avaliada mesmo quando a pessoa está sendo representada ou assistida.⁴⁶ Ao contrário disso, o Conselho Federal de Medicina, em vez de incentivar um modelo de obtenção de consentimento acessível, veicula, no artigo 2º da resolução, uma noção capacitista segundo a qual determinadas características individuais são menos merecedoras de apoio social e suporte para acesso a direitos do que outras.

61. Os conceitos imprecisos e estigmatizantes adotados pela resolução do CFM – "lucidez", "orientação" e "consciência" - colocam em risco, ainda, os direitos fundamentais de pessoas idosas, apesar de a normativa não deixar explícito, como o fez em relação aos menores de idade, que essas pessoas poderão ter seus direitos limitados. Muito embora os direitos de pessoas idosas à dignidade, à autonomia e à liberdade sejam garantidos pela Constituição Federal, por normas infraconstitucionais e internacionais, pacientes idosos continuam enfrentando obstáculos para tomarem decisões sobre sua saúde

⁴⁵ SURREY PLACE CENTRE. *Informed Consent in Adults with Developmental Disabilities (DD)*. SECTION I: Tools for General Issues in Primary Care. 2011. Disponível em: <https://www.cfpc.ca/uploadedFiles/Directories/Committees_List/Informed%20Consent%20in%20Adults%20with%20DD.pdf>. Acesso em 26 nov. 2019.

⁴⁶ SURREY PLACE CENTRE. *Informed Consent in Adults with Developmental Disabilities (DD)*. SECTION I: Tools for General Issues in Primary Care. 2011. Disponível em: <https://www.cfpc.ca/uploadedFiles/Directories/Committees_List/Informed%20Consent%20in%20Adults%20with%20DD.pdf>. Acesso em 26 nov. 2019.

e vida, sendo duplamente fragilizados pela idade e por doenças.⁴⁷ Conforme o Estatuto do Idoso, deve ser garantido às pessoas idosas o direito à autonomia, à independência e à participação ativa na sociedade. A Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas determina, como parte do direito à autonomia, à independência e ao protagonismo das pessoas idosas, que lhes seja assegurado o direito de tomar suas próprias decisões e definir seu curso de vida, bem como mecanismos para que possam exercê-lo. O direito de expressar o consentimento informado para intervenções de saúde é explicitamente previsto no Artigo 6º da Convenção.⁴⁸

62. O desenvolvimento de alguma forma de dependência no processo de envelhecimento faz com que a pessoa idosa seja frequentemente estigmatizada como incapaz, dependente e submissa por profissionais da saúde e por seus próprios familiares. A dependência física acaba sendo confundida, erroneamente, com a incapacidade para decidir. Embora a autonomia da pessoa idosa seja assegurada por nosso ordenamento jurídico, esses estereótipos continuam enraizados no imaginário social, levando profissionais de saúde a deixarem de informar e de buscar o consentimento do paciente de maneira adequada às suas necessidades.⁴⁹ Nesse contexto, o CFM adota, sem ressalvas no tocante aos pacientes idosos, categorias abertas, utilizadas para justificar a limitação da autonomia dessas pessoas nas relações de saúde.

63. A categoria “capacidade” e o condicionamento da recusa à maioridade voltam a aparecer nos artigos 3º e 4º, segundo os quais, respectivamente, “em situações de risco relevante à saúde, o médico não deve aceitar a recusa terapêutica de paciente menor de idade ou de adulto que não esteja no pleno uso de suas faculdades mentais, independentemente de estarem representados ou assistidos por terceiros” e “em caso de discordância insuperável entre o médico e o representante legal, assistente legal ou familiares do paciente menor ou incapaz quanto à terapêutica proposta, o médico deve

⁴⁷ PARANHOS, Denise; ALBUQUERQUE, Aline. A autonomia do paciente idoso no contexto dos cuidados em saúde e seu aspecto relacional. *R. Dir. Sanit.*, São Paulo v.19 n.1, p. 32-49, mar./jun. 2018. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/148123/141735>>. Acesso em 26 nov. 2019.

⁴⁸ Artigo 6º Direito à vida e à dignidade na velhice [...] Os Estados Partes tomarão medidas para que as instituições públicas e privadas ofereçam ao idoso um acesso não discriminatório a cuidados integrais, incluindo os cuidados paliativos, evitem o isolamento e abordem apropriadamente os problemas relacionados com o medo da morte dos enfermos terminais e a dor e evitem o sofrimento desnecessário e as intervenções fúteis e inúteis, em conformidade com o direito do idoso a expressar o consentimento informado. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos. Disponível em: <https://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-70_human_rights_older_persons.pdf>. Acesso em 09 dez. 2019).

⁴⁹ PARANHOS, Denise; ALBUQUERQUE, Aline. A autonomia do paciente idoso no contexto dos cuidados em saúde e seu aspecto relacional. *R. Dir. Sanit.*, São Paulo v.19 n.1, p. 32-49, mar./jun. 2018. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/148123/141735>>. Acesso em 26 nov. 2019.

comunicar o fato às autoridades competentes (Ministério Público, Polícia, Conselho Tutelar etc.), visando o melhor interesse do paciente”.

64. No que se refere aos menores de idade, é evidente que, em havendo discordância entre os familiares e o médico sobre o tratamento a ser seguido, o acionamento de autoridades pode ser necessário para garantir o melhor interesse da criança. Não se pode esquecer, porém, que, conforme preceituam as diretrizes internacionais de direitos humanos consistentes com o Estatuto da Criança e do Adolescente, crianças e adolescentes aptos a formarem seus próprios juízos têm o direito de participar da tomada de decisão. Mas a resolução não faz esta ressalva, e, ao partir da premissa de que crianças são incapazes de participar do processo decisória em saúde, as exclui enquanto parte na relação médico-paciente, que fica restrita aos seus representantes legais, assistentes ou familiares e o médico.

65. Conforme explicitado acima, idosos e pessoas com deficiência possuem capacidade decisória, ainda que mediante uma comunicação adequada às suas necessidades ou representação e assistência. Assim, é possível que mesmo diante de um “risco relevante à saúde” ou “danos previsíveis à saúde”, pacientes idosos e/ou extremamente debilitados, frequentemente estigmatizados como incapazes por familiares e médicos na assistência em saúde, recusem um tratamento que pode, por exemplo, causar-lhes mais desconforto, mas que ao mesmo tempo pode preservar sua saúde física a longo prazo.⁵⁰ Nesses casos, o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana impõe que a vontade do paciente seja respeitada, pois ter saúde não é apenas ter saúde física ou promessa de longevidade, como também ter seu bem-estar psíquico respeitado. Para algumas pessoas, a dimensão física da saúde será sempre mas importante; para outras, o bem-estar mental e social é a prioridade, de modo que esta análise sempre será subjetiva, não cabendo ao médico definir o que é melhor para o paciente, desrespeitando seu direito de recusar procedimentos. Cada paciente, no exercício de sua liberdade e autonomia, deve poder decidir o que é melhor para si a partir das informações fornecidas pelos médicos.

66. Diante do exposto, o artigo 2º da resolução, ao confundir a capacidade negocial com a capacidade de tomar decisões em saúde, coloca em risco os direitos de pacientes crianças, adolescentes, com deficiência, em sofrimento mental e idosos. Os requisitos de incapacidade dispostos no Código Civil, por serem extremamente restritivos, não encontram espaço nas relações de cuidado em saúde, em que o que está em jogo é a

⁵⁰ GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo(org.). *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012

integridade física e psíquica do paciente. Mesmo pessoas consideradas juridicamente incapazes, como crianças e adolescentes, ou com “lucidez”, “orientação” ou “consciência” reduzidas, têm o direito de recusar tratamentos. Cada caso deve ser avaliado isoladamente e os profissionais de saúde possuem o dever de adequar estratégias e meios de comunicação à capacidade de compreensão de cada paciente.

2.4 A PREVISÃO ILEGÍTIMA DE NOVAS FORMAS DE ABUSO DE DIREITO

67. O artigo 5º da Resolução CFM nº 2.232 aproxima outra categoria do direito civil, antes estranha ao campo da saúde, ao tema da recusa terapêutica. Prevê que “a recusa terapêutica não deve ser aceita pelo médico quando caracterizar abuso de direito.” O abuso de direito está previsto no artigo 187 do Código Civil como uma espécie de ato ilícito, dentro do capítulo V, que trata da invalidade do negócio jurídico, cujo texto assim o descreve: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

68. Existem pelo menos dois problemas no fato de o Conselho Federal de Medicina estipular por meio de resolução a possibilidade de um médico decidir se pessoas incidem em abuso de direito ao recusar tratamento. O primeiro, fundamental ao objeto desta demanda, refere-se à violação do princípio da legalidade provocado pelo estabelecimento de uma hipótese jurídica com efeito *erga omnes* de ato ilícito. Não cabe a um ato normativo infralegal de uma entidade corporativa estabelecer nova hipótese abstrata de violação ao direito supostamente cometida por cidadãos no exercício de suas decisões privadas sobre saúde.

69. O segundo problema diz respeito ao que a análise do conceito de abuso de direito exige. A definição do Código Civil estipula, como dito, que o abuso de direito se dá quando o indivíduo “excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” “Bons costumes” é um conceito puramente moral, amplo e inadequado para ensejar a limitação, por decisão de um médico, do direito fundamental à autonomia de decidir sobre procedimentos de saúde. No entanto, é isso que o artigo permite, ao estabelecer que nesses casos a recusa “não deve ser aceita pelo médico”, sem prever qualquer outra alternativa do que deva ser feito nesse caso. A decorrência lógica é uma autorização inconstitucional de tratamento forçado por um julgamento moral.

70. Ao contrário do que prevê o CFM, é importante lembrar que as pessoas podem recusar-se a realizar um tratamento por qualquer motivo ou por motivo nenhum. Não há qualquer dever de oferecer justificativa sobre as razões de não desejar submeter seu corpo e saúde a um procedimento proposto por terceiro, e é por esta razão que qualquer avaliação moral é ilegítima para o tema. Não cabe a profissionais de saúde determinar se o desejo de um paciente terminal de câncer, de uma pessoa jovem com uma doença degenerativa grave ou de qualquer outra pessoa em rejeitar um tratamento fere ou não uma concepção – sempre privada e contingente, por definição – de “bons costumes”.

71. Ao analisar os demais requisitos do conceito de abuso de direito, vê-se que tampouco se aplicam. Não é razoável entender que haja um fim econômico ao direito de recusa terapêutica e, se há um fim social, este necessariamente passa pela proteção à dignidade do sujeito envolvido. Isso se dá pela própria origem filosófica do conceito de dignidade, de base kantiana: entende-se que as pessoas devem ser tratadas como um fim em si mesmas, e não como meios para objetivos de terceiros.⁵¹ Ainda que haja interesses coletivos ou de saúde pública envolvidos em questões específicas, estes devem ser acomodados com pleno respeito à dignidade dos indivíduos em questão. Nenhum ser humano, sujeito de direitos fundamentais, pode ser encarado como um meio para efetivação de interesses alheios à sua dignidade. Esses aspectos serão abordados em detalhes nos tópicos seguintes, referentes aos parágrafos 1º e 2º do artigo 5º da Resolução CFM nº 2.232, ora questionada.

2.4.1 O DESRESPEITO À CAPACIDADE DECISÓRIA DE PESSOAS ACOMETIDAS POR DOENÇAS TRANSMISSÍVEIS

72. Os incisos I e II do parágrafo 1º do art. 5º estabelecem que constituem abuso de direito “a recusa terapêutica que coloque em risco a saúde de terceiros” e “a recusa terapêutica ao tratamento de doença transmissível ou de qualquer outra condição semelhante que exponha a população a risco de contaminação”. Conclui-se, portanto, que nesses casos, o médico está autorizado a realizar o tratamento contra a vontade do paciente, o que caracteriza tratamento forçado ou arbitrário.

⁵¹ ALBUQUERQUE, Aline. Autonomia e capacidade sanitária: proposta de arcabouço teórico-normativo. *Rev. Bioética y Derecho* [online]. 2018, n.43 [citado 2019-11-26], pp.193-209. Disponível em: <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872018000200014&lng=es&nrm=iso>. Acesso em 26 nov. 2019.

73. O controle das doenças transmissíveis é, sem dúvida, um campo de atuação da saúde pública, que busca, por meio de vigilância epidemiológica e sistemas de notificação compulsória, monitorar e traçar o perfil epidemiológico de cada doença e, assim, criar e aperfeiçoar programas de prevenção e tratamento. Justamente pela importância de uma abordagem pública do problema, existem já normas nacionais e internacionais sobre como lidar com os desafios que essas infecções apresentam.

74. Um dos documentos normativos mais importantes nesse tema é o Regulamento Sanitário Internacional, criado nos anos 1950, e cuja última versão foi aprovada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em Assembleia de 2005 e pelo Congresso Nacional brasileiro, por meio do Decreto Legislativo no. 395/2009. Esse documento estabelece quais são as responsabilidades das autoridades nacionais frente a qualquer evento de saúde pública que possa representar ameaça para a população em qualquer parte do mundo. Em nenhuma passagem desse regulamento é autorizado o tratamento forçado. Apenas admite-se o isolamento, a quarentena⁵² ou a observação de saúde pública para evitar a proliferação de doenças.⁵³

75. Práticas de tratamento obrigatório ou forçado que antes eram aceitas vêm sendo crescentemente questionadas no campo internacional, como bem demonstra o “Guia ético para a implementação da estratégia de erradicação da tuberculose”, publicado pela OMS em 2017, cujas recomendações contribuem para a eliminação da ingerência arbitrária do Estado na vida privada e na integridade física e mental das pessoas.⁵⁴ Segue nesse mesmo sentido a Lei nº 6.252, de 30 de outubro de 1975, que dispõe sobre a organização

⁵² Há quem diga que mesmo as medidas de isolamento e a quarentena devem ser adotadas com cautela, pois impactam sobre direitos fundamentais dos indivíduos. Segundo Santos e Nascimento, em estudo de revisão de literatura, ao passo que a quarentena não tem eficácia científica comprovada, não existindo evidências de que influenciem no curso de epidemias, há evidências sólidas e consistentes de que indivíduos quarentenados sofrem graves prejuízos morais, legais e financeiros. (SANTOS, Iris; NASCIMENTO, Wanderson. As medidas de quarentena humana na saúde pública: aspectos bioéticos. *Revista Bioethikos*. Centro Universitário São Camilo, 2014;8(2):174-185).

⁵³ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Regulamento Sanitário Internacional - 2005. Versão em português aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 395/2009 publicado no DOU de 10/07/09, pág.11. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/documents/375992/4011173/Regulamento+Sanit%C3%A1rio+Internacional.pdf/42356bf1-8b68-424f-b043-ffe0da5fb7e5>>. Acesso em 04 dez. 2019.

⁵⁴ WORLD HEALTH ORGANIZATION. Ethics guidance for the implementation of the End TB strategy. Geneva: World Health Organization; 2017. Disponível em: <<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/254820/9789241512114-eng.pdf;jsessionid=44F5B7359865D97829CAEA2F9D5BC708?sequence=1>>. Acesso em 04 dez. 2019.; WORLD HEALTH ORGANIZATION. Ethical issues on tuberculosis prevention, treatment & care. Disponível em: <https://www.who.int/tb/publications/ethics_in_tb_factsheet_28jan11rev.pdf?ua=1>. Acesso em 04 dez. 2019. WORLD HEALTH ORGANIZATION. Guidance on provider-initiated HIV testing and counselling in health facilities. May, 2007. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43688/9789241595568_eng.pdf?sequence=1>. Acesso em 04 dez. 2019.

das ações de vigilância epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações e a notificação compulsória de doenças: a lei remete diretamente ao Regulamento Sanitário Internacional e não admite qualquer previsão de tratamento compulsório, mas tão somente as mesmas medidas de isolamento ou quarentena para doenças de notificação compulsória.

76. A citada resolução do Conselho Federal de Medicina não prevê, nem mesmo, alternativas de mediação que visem à adesão do paciente com doença transmissível ao tratamento, indicando que a imposição será a primeira medida – uma vez que, segundo a redação da normativa, nesses casos a recusa terapêutica simplesmente “não deve ser aceita” pelo médico. Não há qualquer cuidado em prever o que deve ser feito após a negativa da recusa.

77. A situação torna-se ainda mais preocupante quando se observa que o artigo em questão – art. 5º – não é mencionado no artigo 6º, que prevê a hipótese de acionamento de autoridades competentes para “assegurar o tratamento proposto”. Segundo este dispositivo, “o médico assistente em estabelecimento de saúde, ao rejeitar a recusa terapêutica do paciente, na forma prevista nos artigos 3º e 4º desta Resolução, deverá registrar o fato no prontuário e comunicá-lo ao diretor técnico para que este tome as providências necessárias perante as autoridades competentes, visando assegurar o tratamento proposto”. Ainda que possa ser um erro de técnica normativa, a resolução permite a interpretação de que não haverá, nem mesmo, a intermediação de “autoridade competente” – ainda que esta possibilidade também seja inadequada do ponto de vista bioético, porquanto uma outra forma coerção. Ao médico é concedida a autoridade de impor tratamento, violando os preceitos de sua ética profissional e os direitos fundamentais de pacientes.

78. Estudos mostram que pacientes que abandonam o tratamento de tuberculose, por exemplo, são motivados pela baixa autoestima, pelo estigma em torno da doença e pela ausência de uma rede de apoio familiar e comunitária.⁵⁵ Do mesmo modo, pessoas com HIV/Aids podem ter razões relevantes para recusar testes e tratamentos, como o medo da discriminação, da violência e do abandono que um resultado positivo pode gerar.⁵⁶ Essas situações mostram claramente como a recusa de tratamento de doenças

⁵⁵ FORTES, Pablo Dias. A justa dose da medida: o tratamento compulsório da tuberculose em questão. Interface (Botucatu), Botucatu, v. 20, n. 58, p. 743-751, Sept. 2016. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832016000300743&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 04 Dez. 2019. Epub May 17, 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/1807-57622015.0775>.

⁵⁶ WORLD HEALTH ORGANIZATION. Guidance on provider-initiated HIV testing and counselling in health facilities. May, 2007. Disponível em:

transmissíveis, com frequência, não é motivada por um uso “egoístico, anormal do direito, sem motivos legítimos”,⁵⁷ como Carlos Roberto Gonçalves define a situação de abuso de direito para a jurisprudência brasileira. O tratamento forçado não resolve a origem do problema, não garante adesão e continuidade a médio e longo prazo e viola direitos básicos de dignidade e autonomia de pessoas em situação de extrema vulnerabilidade.

79. A Organização Mundial da Saúde e o Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/Aids (UNAIDS) desaconselha a realização compulsória de testes de HIV/Aids, por exemplo. A organização esclarece que isso não significa um desincentivo à realização de testes, mas sim uma compreensão de que os tratamentos de saúde funcionam melhor quando não há qualquer tipo de coerção, mas aconselhamento, apoio e incentivo para que os pacientes aceitem o tratamento.⁵⁸

80. É do reconhecimento da autonomia de todas as pessoas que surge o modelo participativo de atenção em saúde, reconhecido pelo campo da bioética como substituto do modelo paternalista, que concebia o paciente como mero objeto de intervenção médica. O modelo participativo entende que os melhores cuidados em saúde dependem do estabelecimento de uma relação de sinceridade, esclarecimento e confiança entre médico e paciente. Os benefícios dessa abordagem são inúmeros: aumento da satisfação, melhora na qualidade de vida, aumento da confiança no tratamento e maior conhecimento acerca da própria enfermidade.⁵⁹ Para efetivá-lo, portanto, é imprescindível que se garanta o direito do paciente ao consentimento livre e informado, que se baseia, justamente, no esclarecimento e confiança do paciente acerca do tratamento que lhe foi ofertado.

81. Muitos pacientes com doenças transmissíveis precisam de tratamento contínuo, algo que somente é possível quando o profissional de saúde adota uma postura de escuta atenta e livre de coerção. Uma pesquisa de revisão sobre o tema do consentimento, publicada em 1995, revelou que, quando o consentimento livre e informado dos pacientes é respeitado, há melhora na comunicação entre paciente e médico e no estado

<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43688/9789241595568_eng.pdf?sequence=1>. Acesso em 04 dez. 2019.

⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

⁵⁸ WORLD HEALTH ORGANIZATION. Guidance on provider-initiated HIV testing and counselling in health facilities. May, 2007. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43688/9789241595568_eng.pdf?sequence=1>. Acesso em 04 dez. 2019.

⁵⁹ UGARTE, Odile Nogueira; ACIOLY, Marcus André. O princípio da autonomia no Brasil: discutir é preciso... Rev. Col. Bras. Cir., Rio de Janeiro, v. 41, n. 5, p. 374-377, Oct. 2014. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-69912014000500374&lng=en&nrm=iso>. access on 04 Dec. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/0100-69912014005013>.

emocional do paciente, maior controle da dor, melhora nos sintomas e redução de estresse e sentimentos negativos.⁶⁰ Assim, quando se fala em respeito ao consentimento livre e informado, não se está falando apenas da garantia da autonomia do paciente, que já seria por si suficiente para justificar sua importância, mas também se está considerando a relevância do consentimento para a própria efetividade do tratamento médico.

82. Em muitos casos, pacientes recusam tratamentos porque não foram adequadamente informados. Estudo de 2004, realizado a partir de 400 consultas feitas por 20 médicos em Fortaleza, observou que quase 40% deles não explicavam de modo claro e acessível o problema ao paciente; em 58% das consultas o médico não averiguava se o paciente havia compreendido bem o diagnóstico dado e em 53% não verificava a compreensão quanto às indicações terapêuticas.⁶¹

83. Pesquisa de 2010, realizada com médicos de hospital universitário de Sergipe, observou nas falas dos profissionais a crença de que “o consentimento não precisa detalhar as informações”. Um dos profissionais chegou a afirmar que, uma vez que o que utilizam na prática médica já estaria muito bem estabelecido, não haveria necessidade de pedir autorização dos pacientes para os procedimentos.⁶² No mesmo sentido, outro estudo, de 2016, com 435 pacientes de um hospital-escola, constatou que 22,7% dos pacientes afirmaram que nenhuma informação sobre a cirurgia a que iriam se submeter foi fornecida, 12,5% não tinham sido informados das prováveis complicações da cirurgia e 13,7% não foram informados sobre as complicações pós-operatórias.⁶³ A falta de acesso à informação sobre saúde é um cenário crítico de base que apenas será agravado se aos médicos for concedida a possibilidade de prescindir do consentimento livre e informado para determinar tratamentos para doenças transmissíveis.

84. Segundo o documento "Guia ético para a implementação da estratégia de erradicação da tuberculose" da OMS, quando devidamente informados sobre os benefícios e riscos do tratamento da tuberculose, raramente os pacientes recusam o cuidado. Dessa

⁶⁰ Stewart MA. Effective physician-patient communication and health outcomes: a review. *Can Med Assoc J.* 1995;152(9):1423–33; <http://www.scielo.br/pdf/ramb/v59n4/v59n4a05.pdf>

⁶¹ CAPRARA, Andrea; RODRIGUES, Josiane. A relação assimétrica médico-paciente: repensando o vínculo terapêutico. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 139-146, 2004. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232004000100014&lng=en&nrm=iso>. access on 04 Dec. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232004000100014>.

⁶² LISBOA, Vitor; PIMENTEL, Déborah; VIEIRA, Maria. O uso do termo de consentimento livre e esclarecido na prática médica *Revista Bioética*, vol. 18, núm. 3, 2010, pp. 705-724. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/pdf/3615/361533254015.pdf>>. Acesso em 12 dez. 2019.

⁶³ KURT, Engin et al. Quality of an Informed Consent Prior to a Surgical Intervention? Experience of a Teaching Hospital. *Pakistan journal of medical sciences* vol. 32,1 (2016): 206-10. doi:10.12669/pjms.321.8968.

forma, o problema da aderência com frequência é a falta de informações, não a abordagem centrada no paciente, que respeite sua autonomia para decidir.⁶⁴ Diante dessa constatação, os esforços do Conselho Federal de Medicina deveriam ir no sentido de efetivar o direito ao consentimento livre e informado e o aperfeiçoamento da confiança entre médico e paciente, e não de autorizar o tratamento compulsório de pacientes com doenças transmissíveis, ignorando os obstáculos reais que levam essas pessoas à não adesão.

85. Por todo o exposto, a resolução do CFM deve ser declarada como inconstitucional por estar em descompasso com os direitos constitucionais dos pacientes e com as diretrizes mais recentes e baseadas em evidências que recomendam a eliminação de tratamentos compulsórios, a partir da compreensão de que o direito ao consentimento livre e informado é fundamental para a efetividade dos tratamentos de saúde. Cabe ao Estado e aos serviços de saúde fornecer adequadamente todas as informações relacionadas ao tratamento, a garantia de confidencialidade e de apoio social para proteger pacientes do estigma, da discriminação, da violência e do abandono.

2.4.2 O DESRESPEITO À CAPACIDADE DECISÓRIA DE MULHERES GRÁVIDAS E OUTRAS PESSOAS QUE POSSAM GESTAR

86. O parágrafo 2º do artigo 5º da Resolução nº 2.232 inova de maneira inconstitucional e ilegal ao criar mais uma excepcional situação em que um grupo de pessoas não deveria estar amparado 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 prevista em todas as normativas antes citadas: as mulheres grávidas,⁶⁵ homens transexuais ou qualquer outra pessoa que possa gestar.⁶⁶ O *caput* do artigo indica que a recusa terapêutica “não deve ser aceita” em caso de abuso de direito; o parágrafo 2º prevê vagamente que “o ato de vontade da mãe (sic)” pode “caracterizar abuso de direito

⁶⁴ WORLD HEALTH ORGANIZATION. Ethics guidance for the implementation of the End TB strategy. Geneva: World Health Organization; 2017. Disponível em: <<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/254820/9789241512114-eng.pdf;jsessionid=44F5B7359865D97829CAEA2F9D5BC708?sequence=1>>. Acesso em 04 dez. 2019.

⁶⁵ Nesta petição, substitui-se o termo “mãe”, adotado pela resolução, pelo termo “mulher grávida”, que é mais adequado para definir mulheres no processo de gestação. A normatização da mulher grávida como mãe está relacionada a uma visão inadequada de que a maternidade é uma característica essencial à experiência feminina, e não um processo histórico e social. Ser mãe não se confunde com gerar, inclusive porque há mulheres que não gestam e tornam-se mães, assim como há mulheres que gestam e não se tornam mães, como em casos de maternidade de substituição e adoção.

⁶⁶ Além das mulheres que se identificam com tal gênero, outras pessoas que não necessariamente se identificam com o gênero feminino também podem engravidar, como pessoas transexuais ou não-binárias, motivo pelo qual, ao se falar de gravidez, deve-se sempre buscar incluí-las.

dela em relação ao feto”. Não há qualquer definição do que possa ser a situação de abuso de direito no contexto da gravidez.

87. A falta de delimitação sobre o que seria abuso de direito e o uso genérico dessa categoria jurídica que exige, por definição, uma abordagem moral, permite uma abertura injustificável ao que o médico pode impor contrariamente à decisão da paciente grávida. Como já visto, o artigo 6º da citada Resolução não se refere às situações do artigo 5º quando estabelece os critérios de acionamento de “autoridades competentes” diante da negação da recusa terapêutica. A única conclusão restante é a que o médico está autorizado a tomar uma decisão de tratamento forçado em qualquer momento do processo gravídico da paciente, caso julgue, individualmente e sem respaldo em qualquer critério ou procedimento externo, que há uma situação de “abuso de direito”.

88. Não há, no texto constitucional, a previsão de que as mulheres durante o processo reprodutivo devam ser tratadas de forma distinta aos homens ou às mulheres que vivem outras fases da vida. Mulheres não se tornam incapazes porque engravidam, nem passam a ser seres humanos menos integrais por sua capacidade de gestar. Pelo contrário: a possibilidade de ser tratada de forma igual diante das diferenças é um fundamento constitutivo do direito à igualdade: assim como origem, raça, cor e idade não podem ser critérios que fundamentem tratamentos discriminatórios (art. 3º, III, CF/88), tampouco a possibilidade de gestar pode ser um critério que afaste das mulheres a possibilidade de serem tratadas como seres humanos iguais em direitos.

89. Não foi diverso o entendimento da 12ª Vara Federal do Rio de Janeiro na Ação Civil Pública nº 5061750-79.2019.4.02.5101/RJ, proposta pelo Ministério Público Federal e pela Defensoria Pública da União em face do Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro - CREMERJ, visando a anulação da Resolução nº 293, a qual proibiu profissionais médicos do respectivo estado de observarem e atenderem planos de parto e demais documento mediante os quais a gestante manifesta sua vontade sobre seu próprio trabalho de parto. A ação foi julgada procedente no dia 12 de dezembro do presente ano, em sentença que reconheceu, expressamente, que a gestante não pode ser reduzida à “qualidade de mera espectadora”, uma vez que a gestação não lhe retira a “qualidade de sujeitos de direitos plenamente capaz que lhe é inerente”.⁶⁷

⁶⁷ BRASIL. Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Ação Civil Pública nº 061750-79.2019.4.02.5101/RJ. Autor: Ministério Público Federal; Defensoria Pública da União. Réu: Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro - CREMERJ. Sentença proferida em 13 de dezembro de 2019. Disponível em: https://eproc.jfjr.jus.br/eproc/controlador.php?acao=minuta_imprimir&acao_origem=acessar_documento&hash=7033993e32b44f2ac23ef250ef6d968b>. Acesso em 17 dez. 2019.

90. Uma das dimensões do princípio da igualdade – além da igualdade formal e material – é a igualdade como reconhecimento, conforme acentua o Ministro Luís Roberto Barroso, em artigo escrito em coautoria com Aline Osório. O reconhecimento é a valorização positiva das diferenças, que não podem servir como justificativa para a subtração de direitos. Historicamente, em razão de estereótipos de subordinação geralmente vinculados à maternidade e ao casamento, foram impostas várias restrições mascaradas por um discurso de proteção que limitava a autonomia e a igualdade das mulheres, como a incapacidade relativa, que impedia que pudessem trabalhar ou praticar atos da vida civil sem o consentimento do marido.⁶⁸ A capacidade reprodutiva de mulheres e de outras pessoas que possam gestar, enquanto um dos aspectos que as caracteriza fisicamente, não pode implicar na restrição de seu direito à saúde, à integridade física e à vedação de sofrer tortura e tratamento desumano ou degradante - pelo contrário, é uma particularidade que deve ser reconhecida e especialmente protegida, inclusive pela sua centralidade à reprodução biológica e social.

91. Nancy Fraser – filósofa estadunidense também citada pelo Ministro Luís Roberto Barroso em seu texto – explica que a igualdade como reconhecimento visa eliminar a desvalorização de traços associados às mulheres, que resulta na exclusão de tudo aquilo que é considerado como feminino da esfera de proteção plena conferida pelos direitos fundamentais,⁶⁹ tal como a capacidade reprodutiva, utilizada pela resolução do CFM para excluir as mulheres da esfera ampla de proteção do direito à saúde. De nada adianta que se garanta formalmente o direito à saúde às mulheres se características específicas usualmente identificadas com o sexo feminino são utilizadas para limitar, e não reconhecer especificidades de proteção. É preciso não apenas que mulheres ou outras pessoas que possam gestar tenham acesso a serviços de saúde, como também que tais serviços reconheçam positivamente suas diferenças de modo a promover um tratamento que atenda suas necessidades específicas.

92. Essa ideia está em consonância com a Constituição Federal e com o Estado democrático. Se há qualquer previsão de que possa haver tratamento diferenciado às mulheres ou outras pessoas gestantes nessa fase da vida, esse tratamento se traduz em especial proteção: a Constituição fala em proteção à maternidade e à infância

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto; Osório, Aline Rezende Peres. "Sabe com quem está falando?": algumas notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo. Texto-base da apresentação no "Seminário em Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política" – SELA, organizado pela Yale Law School. Rio de Janeiro, 11-14 de junho de 2014.

⁶⁹FRASER, N. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era "pós-socialista". Cadernos de Campo (São Paulo 1991), v. 15, n. 14-15, p. 231-239, 30 mar. 2006.

conjuntamente, no artigo 6º, que abre o capítulo dos direitos sociais. Por um lado, pode-se considerar que a apresentação do binômio maternidade e infância é um reflexo da socialização dos gêneros que persiste em identificar o cuidado às gerações futuras como uma função feminilizada, mas, por outro, também se trata de uma sensibilidade sociológica que reconhece a indissociabilidade da proteção à infância da proteção de quem gera futuras vidas e de quem são suas principais cuidadoras: as mulheres. A centralidade das mulheres à reprodução da vida e das comunidades é um dado de realidade a ser assumido.

93. Ainda não existe outra forma de gerar seres humanos além do processo que se passa dentro dos corpos das pessoas que possuem úteros. Como nenhuma pessoa pode ser reduzida à metonímia de um órgão, por mais sublime que seja sua função, qualquer ação de proteção à vida em potencial precisa levar em consideração os direitos fundamentais da pessoa que gesta. A literatura especializada tem crescentemente abordado a importância do cuidado à gravidez com centralidade nas pessoas grávidas: não só por ser uma abordagem clínica que respeita direitos humanos e reconhece os direitos fundamentais relacionados a esse momento de vulnerabilidade da vida, como por demonstrar resultados positivos para o correto cuidado à gravidez e à possibilidade de redução de desfechos negativos, como de morbimortalidade materna e neonatal.⁷⁰

94. O cuidado centrado nas mulheres tem potencial de aumentar o vínculo entre profissionais e pacientes, o que tem resultados importantes na adesão à rotina de pré-natal, favorece o consentimento informado e o acesso à informação para decisões bem amparadas. O vínculo com os profissionais pode levar à antecipação de riscos, melhora em cuidados preventivos, redução de intervenções e, por consequência, até mesmo redução de custos para o sistema de saúde.⁷¹ De outro lado, a possibilidade de sofrer coerção e intervenções forçadas tem o potencial de afastar as pessoas grávidas do sistema de saúde, com impacto negativo no acompanhamento pré-natal e em todos os indicadores de saúde materna e infantil.

⁷⁰ FONTEIN-KUIPERS, Yvonne; DE GROOT, Rosa; VAN STAA, AnneLoes. Woman-centered care 2.0: Bringing the concept into focus. *European Journal of Midwifery*, v. 2, n. May, 2018. Disponível em: <<http://www.europeanjournalofmidwifery.eu/Woman-centered-care-2-0-Bringing-the-concept-into-focus,91492,0,2.html>>. Acesso em 09 dez. 2019.; WORLD HEALTH ORGANIZATION. WHO recommendations Intrapartum care for a positive childbirth experience. Geneva: World Health Organization, 2018. Disponível em: <<https://www.who.int/reproductivehealth/publications/intrapartum-care-guidelines/en/>>. Acesso em 09 dez. 2019.

⁷¹ FONTEIN-KUIPERS, Yvonne; DE GROOT, Rosa; VAN STAA, AnneLoes. Woman-centered care 2.0: Bringing the concept into focus. *European Journal of Midwifery*, v. 2, n. May, 2018. Disponível em: <<http://www.europeanjournalofmidwifery.eu/Woman-centered-care-2-0-Bringing-the-concept-into-focus,91492,0,2.html>>. Acesso em 09 dez. 2019.

95. Segundo publicação da Organização Mundial da Saúde de 2018 sobre novas recomendações para o cuidado no parto e para experiências positivas de nascimento (em inglês, *WHO Recommendations: Intrapartum care for a positive childbirth experience*), uma experiência positiva de parto e nascimento é entendida como aquela que cumpre ou excede as expectativas de uma mulher conforme suas crenças pessoais e socioculturais, incluindo o resultado de dar à luz um bebê saudável em um ambiente clínica e psicologicamente seguro, com a continuidade de suporte prático e emocional de acompanhantes e suporte clínico gentil e tecnicamente competente. Esse conceito é baseado também na premissa de que o sentimento de bem-estar e segurança pessoal com o processo se dá por meio do envolvimento na tomada de decisões, mesmo quando são necessárias ou desejadas intervenções médicas.⁷²

96. Assim, a linguagem utilizada pelo Conselho Federal de Medicina para se referir ao processo da tomada de decisões em saúde durante a gravidez mostra-se não só inconstitucional porque discriminatória, ao negar às pacientes grávidas, sem qualquer amparo constitucional ou legal, direitos de dignidade e autonomia que são regularmente garantidos a todas as pessoas no acesso à saúde, mas também criadora de um falso conflito, ao supor que o bom andamento de uma gestação pode se dar apesar da mulher grávida. Os princípios bioéticos e as evidências mais atualizadas apontam para a necessidade de cuidar das pessoas na singularidade do seu processo reprodutivo como forma de atingir melhores índices de saúde materna e neonatal.

97. Abrir a possibilidade de que a decisão de uma mulher sobre sua saúde ou sobre procedimentos realizados em seu corpo possa ser caracterizada como “abuso de direito”, sem quaisquer outros critérios de avaliação, desobriga médicos de cumprirem com o seu dever de obter consentimento livre e informado da paciente.⁷³ Para um momento tão crucial na vida de uma pessoa, como o de gerar e dar à luz um filho, cada decisão importa e diz respeito a uma série de fatores complexos relacionados a seu contexto sociocultural, suas crenças, sua família e suas expectativas individuais. Pode ser que, por isso, o processo decisório sobre procedimentos não seja rápido, demande esclarecimento sobre uma série de dúvidas, consultas sobre tratamentos alternativos ou possibilidade de não-intervenção.

⁷² WORLD HEALTH ORGANIZATION. WHO recommendations Intrapartum care for a positive childbirth experience. Geneva: World Health Organization, 2018. Disponível em: <<https://www.who.int/reproductivehealth/publications/intrapartum-care-guidelines/en/>>. Acesso em 09 dez. 2019.

⁷³UGARTE, Odile Nogueira; ACIOLY, Marcus André. O princípio da autonomia no Brasil: discutir é preciso... Rev. Col. Bras. Cir., Rio de Janeiro, v. 41, n. 5, p. 374-377, Oct. 2014. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-69912014000500374&lng=en&nrm=iso>. access on 04 Dec. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/0100-699120140005013>.

Nenhuma dessas razões é motivo para afastar a necessidade de consentimento, mas, pelo contrário, demanda atenção mais cuidadosa, detalhada e integral do profissional médico diante das necessidades apresentadas.

98. Ainda que, por hipótese, se possa pensar em situações extremas e não usuais em que a decisão de uma mulher possa ir em sentido contrário ao que o médico considera que seria a intervenção mais benéfica para o sucesso da gravidez e para sua própria saúde, a coerção e o tratamento forçado não podem, em absoluto, ser considerados alternativas possíveis dentro de nosso ordenamento constitucional de um Estado que se pretenda democrático e de direito. Não se pode forçar nenhuma pessoa a um procedimento cirúrgico que não deseja, a cortes não autorizados, à ingestão obrigatória de hormônios ou outros medicamentos, ou a qualquer outra intervenção alheia à sua vontade e decisão, seja ela mais ou menos invasiva - e se isso é verdade para qualquer pessoa, não pode deixar de sê-lo para uma pessoa grávida.

99. Pode-se, sim, tentar utilizar medidas alternativas para dialogar com a pessoa grávida sobre a importância da intervenção sugerida, como com apoio de outros profissionais, apresentação de evidências adicionais, suporte e acolhimento para tempo de reflexão ou acompanhamento de outra pessoa no processo decisório, de escolha da paciente. Nenhuma dessas alternativas passa pelo afastamento do consentimento com recurso à tese de “abuso de direito”. Fazê-lo seria afastar da mulher ou de qualquer outra pessoa grávida a sua condição de ser humano integral, e relegá-la à condição de mero meio à reprodução biológica.

100. O tratamento forçado já seria suficientemente grave mesmo que a avaliação médica estivesse correta. A situação, no entanto, mostra-se ainda mais grave quando se percebe que, no Brasil, é ainda alta a frequência de intervenções obstétricas não baseadas em evidências – ou seja, sem respaldo científico. Isso significa que as mulheres brasileiras podem já estar sofrendo restrições à sua autonomia decisória sem que ao menos se comprove o benefício dos procedimentos adotados. Assim, a Resolução nº 2.232/19 demonstra estar em descompasso não só com a Constituição, mas também com a realidade: parte da premissa de que a indicação médica para a pessoa grávida é sempre acertada, para concluir que a recusa terapêutica não deveria ser aceita. Na prática, isso está longe de ser verdade, como a literatura internacional já vem reconhecendo.⁷⁴

⁷⁴ Minkoff H, Marshall MF. Fetal Risks, Relative Risks, and Relatives' Risks. Am J Bioeth. 2016;16(2):3–11. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/26832079>. Acesso em 05 dez. 2019.

101. Segundo dados da pesquisa Nascer no Brasil, realizada entre 2011 e 2012 com entrevistas a 24 mil mulheres puérperas, concluiu-se que intervenções obstétricas são realizadas com mais frequência em mulheres com gravidez de risco habitual do que naquelas com gravidez de alto risco. Embora a OMS recomende uma taxa ideal de episiotomia – laceração artificial do períneo a fim de encurtar a fase expulsiva e evitar a laceração espontânea – de até 10%, o estudo constatou que o procedimento foi realizado em mais de 50% das mulheres que tiveram gravidez de baixo risco – ou seja, que não apresentavam complicações.⁷⁵

102. Apesar dos benefícios comprovados das posições verticalizadas de parto para a mulher e para o bebê, 90% das mulheres entrevistadas pariram na posição de litotomia – ou seja, deitadas.⁷⁶ A manobra de Kristeller – aplicação de pressão na parte superior do útero, utilizada justamente na posição de litotomia, foi realizada em 37% dos partos vaginais, embora existam recomendações, do Ministério da Saúde⁷⁷ e de instituições como a Fiocruz,⁷⁸ de que esta prática seja extinta, uma vez que não há evidências de que seja eficiente para a redução do período do trabalho de parto, pelo contrário: já foi constatado que apresenta riscos de morbidade materna e fetal.

103. O fato de que as intervenções obstétricas ocorram com mais frequência no caso de gestações de baixo risco mostra duas realidades perversas: a primeira, de que há mulheres sofrendo intervenções excessivas em seu processo reprodutivo sem amparo em evidências – as quais possivelmente seriam acusadas de “abuso de direito” caso se negassem a realizá-las –, e a segunda, de que aquelas que mais precisariam de alguma intervenção, dada a gravidez de alto risco, não estão tendo acesso a elas, o que é uma cruel face da desigualdade no acesso à saúde.

⁷⁵ CARVALHO, Cynthia; SOUZA, Alex; FILHO, Olímpio. Episiotomia seletiva: avanços baseados em evidências. Rev Femina, maio 2010, v. 38, n. 5. Disponível em: <<http://files.bvs.br/upload/S/0100-7254/2010/v38n5/a008.pdf>>. Acesso em 19 dez. 2019.

⁷⁶ LEAL, Maria do Carmo et al . Intervenções obstétricas durante o trabalho de parto e parto em mulheres brasileiras de risco habitual. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro , v. 30, supl. 1, p. S17-S32, 2014 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2014001300005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 04 dez. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/0102-311X00151513>.

⁷⁷ MINISTÉRIO DA SAÚDE. CONITEC. Diretriz Nacional de Assistência ao Parto Normal. Relatório de Recomendação, janeiro de 2016.; MINISTÉRIO DA SAÚDE. Parto, Aborto e Puerpério Assistência Humanizada à Mulher. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/mulher/saude-das-mulheres/enfrentamento-a-mortalidade-materna-menu/parto-aborto-e-puerperio-assistencia-humanizada-a-mulher-ms>>. Brasília: Ministério da Saúde, 2001.

⁷⁸ Portal de Boas Práticas IFF/Fiocruz. Dr. Edson Borges de Souza (Hospital Sofia Feldman) fala sobre Manobra de Kristeller para o Portal de Boas Práticas em Saúde da Mulher, da Criança e do Adolescente do IFF/Fiocruz. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=FII0jp8NCWQ>>. Acesso em 04 dez. 2019.

104. Os dados da Pesquisa Nascer no Brasil mostraram que as mulheres de cor preta e parda tiveram os piores indicadores de atenção pré-natal e atenção ao parto, tais como menos intervenções que o necessário. Mesmo que esse tema não tenha sido investigado mais a fundo pelo estudo, as pesquisadoras registraram que, em serviços de obstetria do Rio de Janeiro, ouviram de profissionais da saúde que a falta de analgesia, por exemplo, se deve ao fato de que, supostamente, mulheres pretas teriam a pelve mais adequada para parir, uma perspectiva racista sem base em evidências.⁷⁹ Esses são problemas reais da assistência obstétrica que o Conselho Federal de Medicina poderia se dedicar a enfrentar, e que em nada são beneficiados pelo reforço do estigma sobre as mulheres grávidas e suas decisões íntimas de saúde.

105. Por fim, é importante ressaltar que a recusa terapêutica no processo gestacional não é um assunto estranho à discussão médica e bioética internacional. O Comitê de Ética do Colégio Americano de Ginecologia e Obstetria, em resolução aprovada por seu Conselho Executivo em 2016, atualizou uma série de recomendações sobre o tema. De plano, afirmam que “a gravidez não é uma exceção ao princípio de que uma paciente com capacidade decisória tem o direito de recusar tratamento, mesmo o tratamento necessário para manter a vida. Portanto, a decisão de uma mulher grávida com capacidade decisória de recusar as intervenções médicas ou cirúrgicas recomendadas deve ser respeitada.”⁸⁰

106. Quanto ao uso da coerção para a imposição de tratamento, afirmam que é “não apenas eticamente inadmissível, mas também clinicamente desaconselhável, devido às realidades da incerteza prognóstica e às limitações do conhecimento médico. Como tal, nunca é aceitável que obstetras e ginecologistas tentem influenciar as pacientes à determinada decisão clínica usando coerção. Ginecologistas-obstetras são desencorajados nos termos mais fortes possíveis do uso de coação, manipulação, coerção, força física ou ameaças, incluindo ameaças de envolver os tribunais ou serviços de proteção infantil, para motivar as mulheres a tomar uma decisão clínica específica.” Afirmam diretamente que “a

⁷⁹ LEAL, Maria do Carmo et al. A cor da dor: iniquidades raciais na atenção pré-natal e ao parto no Brasil. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 33, supl. 1, e00078816, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2017001305004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 09 dez. 2019.

⁸⁰ AMERICAN COLLEGE OF OBSTETRICIANS AND GYNECOLOGISTS. Committee Opinion Number 664, June 2016. Refusal of Medically Recommended Treatment During Pregnancy. Disponível em: <<https://www.acog.org/Clinical-Guidance-and-Publications/Committee-Opinions/Committee-on-Ethics/Refusal-of-Medically-Recommended-Treatment-During-Pregnancy?IsMobileSet=false>>. Acesso em 04 dez. 2012.

experiência médica é melhor aplicada quando o médico se esforça para entender o contexto em que a paciente está tomando sua decisão”.⁸¹

107. Os motivos apresentados contra a intervenção da justiça em saúde obstétrica são: a incerteza dos prognósticos; o efeito negativo de afastamento das mulheres dos serviços de saúde e os efeitos discriminatórios das intervenções judiciais. O Colégio afirma que a incerteza prognóstica está presente em algum grau em todos os procedimentos médicos, citando estudo em que se constatou que em quase 1/3 dos casos em que ordens judiciais foram solicitadas para intervenção obstétrica nos Estados Unidos, a previsão médica de danos para o feto era imprecisa.⁸²

108. Essa é uma das razões pelas quais o consentimento livre e informado é tão central aos cuidados em saúde: os profissionais têm o dever de fornecer toda a informação mais atualizada sobre riscos e prognósticos aos pacientes, mas não têm como assegurar com total certeza o que pode acontecer naquela situação e com aquele indivíduo. Por isso, apenas a própria pessoa pode decidir se está disposta a se submeter ao procedimento com todas as possíveis implicações – a análise de risco para decisão íntima de saúde é necessariamente subjetiva, não podendo ser tornada objetiva pela decisão de um tribunal. Ao fazê-lo, o tribunal não contribuirá para o justo no caso, apenas usurpará uma decisão personalíssima da própria pessoa que irá sofrê-la.

109. O argumento de afastamento das mulheres dos cuidados em saúde é embasado por estudo estadunidense sobre prisões e intervenções forçadas em mulheres grávidas, mas também segue um raciocínio intuitivo: a ameaça de medidas coercitivas e punitivas desencoraja mulheres de buscarem cuidados pré-natais.⁸³ Os efeitos discriminatórios dizem respeito ao fato de que mulheres em situação de vulnerabilidade estão mais propensas a sofrer intervenções forçadas. O Colégio menciona estudos em que se constatou que a maioria dos casos de cesariana por ordem judicial foi obtida contra mulheres negras ou pobres.⁸⁴

⁸¹AMERICAN COLLEGE OF OBSTETRICIANS AND GYNECOLOGISTS. Committee Opinion Number 664, June 2016. Refusal of Medically Recommended Treatment During Pregnancy. Disponível em: <<https://www.acog.org/Clinical-Guidance-and-Publications/Committee-Opinions/Committee-on-Ethics/Refusal-of-Medically-Recommended-Treatment-During-Pregnancy?IsMobileSet=false>>. Acesso em 04 dez. 2012.

⁸² Kolder VE, Gallagher J, Parsons MT. Court-ordered obstetrical interventions. N Engl J Med 1987;316:1192–6. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/3574370>. Acesso em 09 dez. 2019.

⁸³ PALTROW, Lynn; FLAVIN, Jeanne, Arrests of and Forced Interventions on Pregnant Women in the United States, 1973-2005: Implications for Women's Legal Status and Public Health (April 1, 2013). Journal of Health Politics, Policy and Law, Vol. 38, No. 2, pp. 299-343, 2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2530100>>. Acesso em 09 dez. 2019.

⁸⁴ PALTROW, Lynn; FLAVIN, Jeanne, Arrests of and Forced Interventions on Pregnant Women in the United States, 1973-2005: Implications for Women's Legal Status and Public Health (April 1, 2013). Journal

110. A intencionalidade da resolução em submeter pacientes a tratamento não consentido por meio do acionamento judicial fica evidente quando, em seu artigo 6º, afirma que, em caso de discordância entre médico e paciente, o diretor do hospital tomará “as providências necessárias perante as autoridades competentes, visando assegurar o tratamento proposto”. A resolução não diz que o acionamento da justiça e demais autoridades se dará para que os interesses em questão sejam avaliados e mediados, mas afirma claramente que o médico poderá fazê-lo para assegurar, ou seja, garantir, endossar, confirmar o tratamento. O CFM, assim, assume as “autoridades competentes”, inclusive judiciais, como canceladoras do poder médico.

111. É importante lembrar que, de qualquer forma, não obstante o CFM tenha se posicionado publicamente para afirmar que não realizarão tratamentos à força, mas acionarão as autoridades,⁸⁵ a resolução não prevê que as medidas do referido artigo 6º se apliquem às situações elencadas no artigo 5º, que trata das mulheres grávidas e das pessoas com doenças transmissíveis. Conforme sua redação, o dispositivo se aplica, apenas, à recusa terapêutica “na forma prevista nos artigos 3º e 4º desta Resolução”.

112. Ainda que se cogite que autoridades judiciais também seriam acionadas para o caso de pessoas grávidas, evidências indicam que há riscos em envolver juízes em decisões terapêuticas de casos obstétricos, contrariamente à vontade da paciente. Após observar um crescimento no número de ordens judiciais para a realização de cesarianas nos anos 1970 e 1980 nos Estados Unidos, pesquisadores decidiram investigar como se dava a dinâmica decisória nessas situações. Os juízes apenas endossavam a decisão dos médicos em mais de 85% dos casos, sem buscar evidências adicionais ou considerar de forma substantiva a vontade da paciente. Em 88% dos casos da pesquisa, as ordens judiciais foram obtidas em menos de 6 horas; em 19%, em uma hora ou menos, e às vezes informadas por telefone. A pressão para uma decisão rápida dificulta inclusive que a mulher tenha uma representação legal adequada,⁸⁶ o que, portanto, a retira completamente

of Health Politics, Policy and Law, Vol. 38, No. 2, pp. 299-343, 2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2530100>>. Acesso em 09 dez. 2019.; KOLDER, Veronika; GALLAGHER, Janet; PARSONS, Michael. Court-Ordered Obstetrical Interventions. *New England Journal of Medicine*, 316(19), 1192-1196, 1987 May 7. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/3574370>. Acesso em 09 dez. 2019.

⁸⁵ 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/index.php?option=com_content&view=article&id=28459:2019-10-02-19-29-45&catid=3>. Acesso em 04 dez. 2019.

⁸⁶ CURRAN, William J. Court-Ordered Cesarean Sections Receive Judicial Defeat. *New England Journal of Medicine*, v. 323, n. 7, p. 489-492, 16 ago. 1990. Disponível em: <<https://doi.org/10.1056/NEJM199008163230719>>. Acesso em 09 dez. 2019; KOLDER, Veronika; GALLAGHER, Janet; PARSONS, Michael. Court-Ordered Obstetrical Interventions. *New England Journal*

do cenário de decisão sobre sua própria saúde e integridade, transformada em uma composição entre juízes e médicos – com preponderância desses últimos.

113. Além de todos os diagnósticos médicos terem limitações, a cesárea é um procedimento cirúrgico intrusivo no corpo da pessoa grávida, que pode elevar os riscos de mortalidade e morbidade maternas. Estudos indicam aumento nas chances de mortalidade materna e de complicações hemorrágicas e infecciosas nas cesáreas feitas sem indicação.⁸⁷ Por esse motivo, especialistas, e a própria Organização Mundial da Saúde, recomendam que a cesariana seja realizada com prudência e segurança.⁸⁸ No entanto, no Brasil, a taxa de cesarianas chegou a 55,7% em 2012, índice alto, que, em 2008, foi de 80% no setor privado. Embora essas taxas possam indicar um maior acesso das mulheres a procedimentos médicos, também indicam que esse procedimento está sendo feito de modo indiscriminado.⁸⁹

114. Ainda hoje, cesarianas são realizadas, sem respaldo científico, com base em condições que não representam indicação do procedimento, como circular de cordão umbilical, gestação prolongada e ruptura prematura das membranas.⁹⁰ Diante do não-respaldo em evidências, ou por mera conveniência para a agenda médica, com frequência mulheres, ao longo do pré-natal, sofrem com tentativas de médicos de as

of Medicine, 316(19), 1192-1196, 1987 May 7. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/3574370>. Acesso em 09 dez. 2019.

⁸⁷ MASCARELLO, Keila Cristina; HORTA, Bernardo Lessa; SILVEIRA, Mariângela Freitas. Complicações maternas e cesárea sem indicação: revisão sistemática e meta-análise. Rev. Saúde Pública, São Paulo, v. 51, 105, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102017000100504&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 14 dez. 2019. Epub Nov 17, 2017.

⁸⁸ WORLD HEALTH ORGANIZATION. WHO statement on caesarean section rates. Geneva: WHO; 2015 [cited 2017 Jul 15]. (WHO/ RHR/15.02). Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/161442/1/WHO_RHR_15.02_eng.pdf?ua=1>; RHODEN, Nancy.. The judge in the delivery room: the emergence of court-ordered cesareans. California law review 74 6 (1986): 1951-2030. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/bfc0/014b99ef06c958ece26ecb2bc6261a81cb8.pdf>>. Acesso em 13 dez. 2019; CURRAN, William J. Court-Ordered Cesarean Sections Receive Judicial Defeat. New England Journal of Medicine, v. 323, n. 7, p. 489-492, 16 ago. 1990. Disponível em: <<https://doi.org/10.1056/NEJM199008163230719>>. Acesso em 09 dez. 2019.

⁸⁹ MASCARELLO, Keila Cristina; HORTA, Bernardo Lessa; SILVEIRA, Mariângela Freitas. Complicações maternas e cesárea sem indicação: revisão sistemática e meta-análise. Rev. Saúde Pública, São Paulo, v. 51, 105, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102017000100504&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 14 dez. 2019. Epub Nov 17, 2017; SOUZA, A. S. R.; AMORIM, M. M. R.; PORTO, A.M.F. Condições frequentemente associadas com cesariana, sem respaldo científico. Femina, setembro de 2010, vol 38 nº 10; 505-16. Disponível em: <<http://files.bvs.br/upload/S/0100-7254/2010/v38n10/a1708.pdf>>. Acesso em 9 ago. 2019.

⁹⁰ SOUZA, A. S. R.; AMORIM, M. M. R.; PORTO, A.M.F. Condições frequentemente associadas com cesariana, sem respaldo científico. Femina, setembro de 2010, vol 38 nº 10; 505-16. Disponível em: <<http://files.bvs.br/upload/S/0100-7254/2010/v38n10/a1708.pdf>>. Acesso em 9 ago. 2019;

dissuadirem de realizar o parto vaginal.⁹¹ Nesse contexto, é ainda menos razoável que se possa considerar que uma mulher que opta por um parto vaginal esteja “abusando de seu direito”, pois a decisão dessa mulher pode estar respaldada pela ciência. Na medida em que a cesariana pode estar associada a um aumento de riscos para a mulher, deve caber a ela avaliação final de riscos e benefícios.

115. Há um caso paradigmático nos Estados Unidos que evidencia os perigos em se abrir precedentes para que decisões de mulheres em saúde sejam afastadas por profissionais de saúde ou decisões judiciais. É a história de uma paciente de 27 anos que, em 1978, estava grávida de seu primeiro filho. A paciente havia tido uma variedade de cânceres desde que tinha 13 anos de idade e a gravidez era de alto risco. Durante a gestação, foi detectado um tumor aparentemente inoperável e sua condição piorava. Médicos diagnosticaram sua doença como terminal e a informaram de que sua vida poderia ser estendida pelo menos até a 28ª semana de gravidez para tentar salvar o feto. Não ficou claro se a mulher concordava ou não com a realização de intervenções para remover o feto, e que poderiam causar riscos adicionais para sua própria vida.

116. Um pouco mais tarde, quando questionada, ela disse que não estava certa de que queria levar a gestação adiante. Imediatamente, o hospital solicitou uma medida de emergência ao tribunal local para a avaliação da situação, mas com indicação de que a cesariana deveria ser feita. Foi realizada uma audiência no quarto de hospital da paciente e, mesmo sem seu consentimento afirmativo e com evidências de que as chances de sobrevivência do feto não eram boas, o hospital foi autorizado pelo tribunal a retirar o feto. O resultado foi que, duas horas após a cesariana, o recém-nascido faleceu. A paciente morreu dois dias depois. Na certidão de óbito, constava que a cesariana foi um fator que contribuiu para a sua morte.⁹²

117. Mesmo com a morte da paciente, a Corte de Apelação do Distrito de Columbia se pronunciou sobre o caso, em uma opinião final contrária à realização de cesariana compulsória por ordem judicial em 1990. A corte entendeu que, ainda que a cesariana possa beneficiar a saúde da mulher e do feto, a decisão final deve ser sempre da mulher, pois a cesariana é sempre um cirurgia de grande porte, que envolve riscos, e uma

⁹¹ COPELLI, Fernanda Hannah da Silva et al . Fatores determinantes para a preferência da mulher pela cesariana. Texto contexto - enferm., Florianópolis , v. 24, n. 2, p. 336-343, June 2015 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-07072015000200336&lng=en&nrm=iso>. access on 14 Dec. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/0104-07072015000430014>.

⁹² CURRAN, William J. Court-Ordered Cesarean Sections Receive Judicial Defeat. *New England Journal of Medicine*, v. 323, n. 7, p. 489-492, 16 ago. 1990. Disponível em: <<https://doi.org/10.1056/NEJM199008163230719>>. Acesso em 09 dez. 2019.

intrusão massiva em seu corpo. Além disso, a decisão firmou que, uma vez que a paciente havia indicado que não queria a cirurgia, a discussão deveria ter sido encerrada. Apenas um consentimento afirmativo poderia autorizar o procedimento. Por fim, foi repudiada a presença do juiz no quarto de hospital e ressaltado que seria muito mais adequado se juízes não fossem chamados à beira do leito dos pacientes para tomar decisões rápidas sobre questões de vida e morte.⁹³ Essa decisão endossa a conclusão de que a análise de riscos para decisões individuais em saúde é sempre subjetiva e, em regra, não pode ser expropriada da pessoa em quem o procedimento seria realizado – por isso, não é adequado que sejam tomadas por terceiros, nem mesmo tribunais.

118. Assim, médicos devem ser desencorajados – e não estimulados, como faz a resolução do CFM – de recorrer à coação ou acionar autoridades externas para fazer com que mulheres aceitem se submeter a algum procedimento obstétrico. Uma vez que prognósticos são incertos, e que o corpo, a dor, o sofrimento, a doença são da própria paciente e o processo gravídico não pode ocorrer fora de seu corpo e sem implicar a sua subjetividade, é inconstitucional que se possibilite a tomada de decisões sobre sua saúde por quaisquer critérios externos e alheios à proteção da sua dignidade.

2.5 A INCOMPATIBILIDADE ENTRE A RECUSA TERAPÊUTICA E A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA: RISCO DE IMPOSIÇÃO DE TRATAMENTO FORÇADO COM VIOLAÇÃO À AUTONOMIA E LIBERDADE DE CRENÇA

119. A Resolução nº 2.232 pretende estabelecer, ainda, em seus artigos 7º e 8º, o contraditório direito de objeção de consciência de médicos diante de recusa terapêutica de um paciente. O artigo 8º define que a “objeção de consciência é o direito do médico de se abster do atendimento diante da recusa terapêutica do paciente, não realizando atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência”. Se a recusa terapêutica é o direito do paciente de, quando devidamente informado e levando em consideração suas próprias crenças e valores, recusar qualquer tratamento de saúde, não há o que possa ser objetado. Se o paciente não quer que o tratamento seja realizado, o que se exige do médico é precisamente uma postura negativa: não realizar o ato médico em questão.

⁹³ CURRAN, William J. Court-Ordered Cesarean Sections Receive Judicial Defeat. *New England Journal of Medicine*, v. 323, n. 7, p. 489–492, 16 ago. 1990. Disponível em: <<https://doi.org/10.1056/NEJM199008163230719>>. Acesso em 09 dez. 2019.

120. O próprio Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 2.217/18) se refere à objeção de consciência em seu Capítulo I, item VII, em que preceitua que “o médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência [...]”. Fala-se de ações positivas que o médico pode recusar-se a realizar, de maneira excepcional e segundo critérios bem estabelecidos. Isso nada tem a ver com a obrigação primordial dos médicos de se abster de prestar serviços que não sejam consentidos – e é nisso que consiste a recusa terapêutica. Pretender conceituar de outra forma seria subverter toda a base da relação médico-paciente, que é fundada na condicionalidade do consentimento livre e informado.

121. Imagine-se que uma pessoa em situação de câncer avançado se recuse a realizar uma cirurgia, recomendada por seu médico. A pergunta sobre o sentimento moral do médico diante do direito inalienável do paciente em consentir ou não com o procedimento sequer tem sentido, já que a única forma de resolvê-lo seria por meio da realização do tratamento forçado – manifestamente proibido pela ordem constitucional. O médico, nem nenhum outro profissional de saúde, tem direito a uma acomodação moral que se dê às custas de outro indivíduo, seu paciente.

122. A correta proteção ao direito à objeção de consciência deve seguir uma atenção dupla a médico e paciente envolvidos: ao mesmo tempo em que o médico não será obrigado a realizar conduta que comprovadamente fira seus valores morais, o paciente deve ser assegurado de que o procedimento poderá ser realizado por outro profissional. Por isso, a objeção do médico não é, nem pode ser, ao procedimento em si, porque não cabe a ele decidir sobre isso, mas apenas decidir quanto à sua vinculação a esse procedimento. Diante de uma recusa terapêutica, o que o médico afirmaria é que deixar de realizar o procedimento fere a sua consciência. Não é cabível tal construção, a não ser que se considere o paciente como um mero objeto de realização dos desígnios médicos. Se o que incomoda o médico é a não-realização de um procedimento, ele simplesmente terá de viver com essa angústia, porque o procedimento de fato não será realizado se o paciente não quiser.

123. Não há o que se possa fazer, de modo que o “direito de se abster do atendimento” só pode funcionar como previsão vazia – já que o procedimento negado de fato não será realizado, caso a recusa seja respeitada – ou subterfúgio para coagir o paciente. Se, por outro lado, a objeção do médico for ao tratamento alternativo solicitado pelo paciente – como, no exemplo anterior, os cuidados paliativos a um paciente com câncer que recuse cirurgia e entre em fase terminal – o médico terá de argumentar a sua

objeção a esse procedimento específico, e não à recusa anterior. Trata-se de uma situação regular de objeção de consciência que não exige nova normatização. Por uma questão lógica, ela não pode se relacionar à recusa, pois a decisão do paciente não poderá nem deverá ser revertida – ela é apenas um fato a ser assumido.

124. Para esses casos em que o médico queira argumentar objeção ao possível tratamento alternativo, deve seguir as diretrizes já internacionalmente reconhecidas para o tema: o direito de objeção é garantido em casos que, com base em argumentos consistentes e razoáveis, o médico julga que a realização de um tratamento possa comprometer suas convicções morais. Diretrizes internacionais determinam que o médico, ao exercer sua objeção, deverá ponderar as consequências que sua omissão poderá trazer ao paciente, além de evitar qualquer estresse ou vulnerabilidade e não basear-se em critérios de interesse próprio ou discriminatórios.

125. Aspectos éticos e legais da objeção de consciência na conduta médica têm sido objeto de discussão em diversos lugares do mundo. No presente ano, a Associação Médica Australiana publicou uma nova declaração reconhecendo que a objeção de consciência nada tem a ver com aspectos médicos relevantes - como no caso em que o paciente opta por um tratamento que o médico não concorda ser o melhor.⁹⁴ Também a Associação Médica Britânica, em 2018, em carta enviada ao Parlamento, demonstra a importância de se respeitar a conceituação tradicional e restritiva da objeção de consciência – abster-se de participar diretamente do tratamento – como forma de proteger os direitos dos pacientes. A associação ressalta que a objeção de consciência não pode, em hipótese alguma, prejudicar ou discriminar o paciente. Por esse motivo, a objeção não autoriza que um médico possa se abster de sua obrigação de supervisionar ou delegar procedimentos.⁹⁵ Do mesmo modo, a Associação Médica Americana afirma que a objeção de consciência deve ser contrabalançada com a autonomia dos pacientes e seu direito de ter acesso aos serviços de saúde.⁹⁶

⁹⁴ AUSTRALIAN MEDICAL ASSOCIATION. AMA Position Statement - Conscientious Objection, 2019. <<https://ama.com.au/system/tdf/documents/AMA%20Position%20Statement%20on%20Conscientious%20Objection%202019.pdf?file=1&type=node&id=50323>>. Acesso em 14 dez. 2019.

⁹⁵ BRITISH MEDICAL ASSOCIATION. Parliament brief - Conscientious Objection (Medical Activities) Bill. London: British Medical Association, 2018. Disponível em: <<https://www.bma.org.uk/-/media/files/pdfs/collective%20voice/influence/uk%20governments/bma-briefing-conscientious-objection.pdf?la=en>>. Acesso em 16 dez. 2019.

⁹⁶ AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION. Report of the council on ethical and judicial affairs. Physician Objection to Treatment and Individual Patient Discrimination (Resolution 5, A-06). Chicago: American Medical Association, 2007. Disponível em: <<https://www.ama-assn.org/sites/ama-assn.org/files/corp/media-browser/public/about-ama/councils/Council%20Reports/council-on-ethics-and-judicial-affairs/a07-ceja-physician-objection-treatment.pdf>>. Acesso em 16 dez. 2019.

126. Em 2016, o tema também foi objeto de discussão de um grupo de filósofos e profissionais da bioética que se reuniram na Fundação Brocher em Genebra, Suíça. O resultado das discussões foi a elaboração de diretrizes como a de orientar-se prioritariamente pela obrigação que os médicos possuem para com seus pacientes, e não com sua consciência; além da exigência de que as motivações utilizadas na objeção sejam passíveis de comprovação, em um estímulo para que médicos incorporem argumentos legais, éticos e profissionais a suas objeções de consciência.⁹⁷ Em nada tais critérios se relacionam com a possibilidade de objetar a recusa de um paciente.

127. A Resolução n. 2.232/19, todavia, não garante ao paciente que a objeção do médico siga esses critérios. Inclusive, dá a entender que qualquer recusa do paciente poderá ser objetada por uma mera alegação de incompatibilidade com "sua consciência". Não há como aferir se as razões evocadas pelo médico são legítimas, e nem qual o significado da objeção diante da recusa terapêutica. Na prática, o que a resolução permite, de forma confusa e equivocada, é que as circunstâncias em que um médico possa recusar-se a atender um paciente sejam ampliadas, com baixa ou nenhuma exigência de justificação do profissional quanto à sua conduta. A principal violação de preceito fundamental vinculada a esses artigos diz respeito aos princípios da legalidade e da segurança jurídica, pois, além de ilegítima e inconstitucional, a inovação normativa relega todas as pessoas, na condição de possíveis pacientes, à insegurança sobre como o seu consentimento livre e informado será tratado pelos médicos, uma vez que possam objetar-se a ele.

128. Em sequência, o artigo 10 da resolução estabelece que, na ausência de outro médico, havendo urgência ou emergência, e julgando o médico que a recusa terapêutica poderá trazer danos previsíveis à saúde do paciente, este não poderá interromper a relação com o paciente sob a alegação de objeção de consciência. Caberá ao médico, nestes casos, “adotar o tratamento indicado, independentemente da recusa terapêutica do paciente”. Trata-se claramente de um caso de imposição de tratamento de forçado, já longamente criticado em toda essa peça.

129. Previsão semelhante a essa só faz sentido em casos regulares de objeção de consciência: quando o médico considera que o tratamento demandado pelo paciente pode constituir-se como uma ofensa à sua consciência, mas é obrigado a realizá-lo

⁹⁷ Consensus Statement on Conscientious Objection in Healthcare. Publicado em 29 de agosto de 2016. <http://blog.practicaethics.ox.ac.uk/2016/08/consensus-statement-on-conscientious-objection-in-healthcare/>. Acesso em 19 nov. 2019.

ainda assim se não houver outro profissional para substituí-lo. Uma vez que a recusa relaciona-se à negativa de tratamento, mais uma vez a confusão dos dois conceitos leva à possibilidade de grave violação dos direitos dos pacientes, com imposição de tratamento previamente negado. Não há nenhuma razão plausível para que a consciência do médico possa ser sobreposta à consciência do paciente para forçar tratamento.

130. A inviolabilidade das liberdades de consciência e de crença possui previsão constitucional no artigo 5º da Constituição Federal, que também garante a impossibilidade de se privar alguém de direitos por motivos de crença religiosa, convicção filosófica ou política. Ao assegurar proteção jurídica às liberdades de religião e consciência, a Constituição Federal tem como objetivo permitir que a sociedade se desenvolva abrigando e professando as mais diversas crenças, construindo laços e praticando o respeito mútuo e a tolerância entre todos.⁹⁸ Há poucas áreas mais críticas na vida de uma pessoa que o seu cuidado à saúde, de modo que constitui ofensa gravíssima privar alguém de tomar decisões tão íntimas sobre sua vida e integridade, com base em suas crenças e valores, por uma avaliação moral de um terceiro - no caso, o médico.

131. O princípio da autonomia estabelece o respeito pela liberdade e pelas decisões do paciente, bem como legitima a obrigatoriedade do consentimento livre e informado, evitando que o paciente represente mero objeto em sua relação com o médico. A participação ativa do paciente em seu tratamento e a obtenção de seu consentimento devem sempre ser regra, e não exceção.⁹⁹ A Lei nº 8.080/90, o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15), o art. 15 do Código Civil Brasileiro e, inclusive, o Código de Ética Médica são algumas das normativas que, citadas na própria exposição de motivos da resolução, estabelecem, de forma incontestável, a autonomia do paciente e sua prerrogativa de tomar suas próprias decisões. O risco de encarar o direito de objeção do médico como absoluto, como sugere a resolução, não traz maior justiça à saúde, e sim expressa a existente hegemonia do poder médico sobre os pacientes¹⁰⁰, algo inaceitável numa democracia.

⁹⁸ DIAS, Jean Carlos. A liberdade religiosa em nosso cenário constitucional: uma abordagem a partir do caso *sherbert vs. verner*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 96, 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.96.05.PDF. Acesso em 16 nov. 2019.

⁹⁹ GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. Bioética e direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁰⁰ DINIZ, Debora. Estado laico, objeção de consciência e políticas de saúde. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 29, n. 9, p. 1704-1706, set. 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2013000900002&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 18 nov. 2019.

132. Levanta-se, ainda, a hipótese de que a recusa de atendimento pode ser motivada pelo desejo de punição ou de imposição da vontade do médico sobre o paciente. A falta de critérios claros para objetar e a dispensa de uma justificativa fundamentada permitem que a objeção seja utilizada de forma genérica para acobertar condutas discriminatórias. Cita-se aqui o caso dos Testemunhas de Jeová. Ao ser publicada, a Resolução nº 2.232/2019 revogou a antiga Resolução nº 1.021/1980, que, apesar de prever explicitamente em seu texto o princípio da legalidade, autorizava a prática de transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis, em casos em que o médico julgasse haver perigo de vida.

133. Essa nova resolução, editada em substituição à anterior, tem a intenção de tornar menos explícita a conduta autoritária de médicos em face dos Testemunhas de Jeová, assim como abre espaço para novas formas de discriminação, sejam elas por motivos religiosos, filosóficos ou simplesmente como forma de se impor a vontade do médico sobre o paciente. Convém ressaltar que a Resolução nº 2.232/2019 foi publicada uma semana depois que a Procuradoria-Geral da República ajuizou, nesta Suprema Corte, a ADPF nº 618¹⁰¹ que, entre seus pedidos, requer a declaração de inconstitucionalidade do item 2 do Parecer Proc. CFM 21/1980, adotado como anexo da Resolução CFM no. 1.021/1980, que embasa a possibilidade de médicos realizarem transfusões de sangue não desejadas, e entende a recusa em receber tais transfusões como hipótese de suicídio.

134. Proporcionar ao paciente Testemunha de Jeová um atendimento médico que seja contrário a suas convicções religiosas configura mero acesso formal à saúde, e não a concretização de um direito fundamental que só será efetivamente exercido se garantidos ao indivíduo o direito de decidir os rumos de sua própria vida e de desenvolver livremente a sua personalidade. No caso aqui retratado, a não obtenção do consentimento informado oferece também um risco para o paciente, tendo em vista que ferir sua dignidade e seu direito à liberdade de crença não é forma de garantir saúde, e pode, inclusive, representar um agravo a um paciente que já se encontra fragilizado. Não basta garantir a sobrevivência, mas uma existência digna e com respeito às crenças de cada um.

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 618. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 11 de setembro de 2019. Disponível em http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Inicial_ADPFTestemuJeovarevENVSFCONST1.pdf. Acesso em 29 nov. 2019.

135. É inconcebível a existência de um privilégio da consciência do médico em detrimento da consciência do paciente. A Resolução CFM nº 2.232/2019 aqui questionada abre margem para que médicos objetem o atendimento e imponham tratamentos forçados quando, em verdade, deveriam buscar formas alternativas de tratamento que auxiliem a essas pessoas. Garantir a liberdade de escolha e de crença é também forma de proporcionar saúde. Conclui-se, então, que a possibilidade de se desconsiderar a recusa terapêutica pode ser forma de impor tratamento forçado e arbitrário, o que viola diretamente a Constituição. Deste modo, a presente ADPF requer, assim como a ADPF de nº 618, que esta Suprema Corte confira maior segurança jurídica, tanto aos médicos quanto aos pacientes e suas respectivas comunidades religiosas, ao atribuir uma preponderância à autodeterminação de cada indivíduo.

3. PEDIDO CAUTELAR

136. Diante do cumprimento dos requisitos da probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e do perigo da demora (*periculum in mora*), requer-se a concessão de medida cautelar, por força do artigo 5º da Lei n. 9882/99.

137. A probabilidade do direito está suficientemente demonstrada ao longo da petição inicial, em face da violação aos preceitos fundamentais da legalidade, da separação de poderes e do devido processo legislativo ocasionados pela tentativa do Conselho Federal de Medicina em normatizar, por meio da Resolução nº 2.232/2019 ora questionada, sobre temas para os quais é absolutamente incompetente. Cumpre ressaltar que esta petição demonstrou a ilegitimidade e inconstitucionalidade da resolução como um todo e dos detalhes de violação de direitos provocados pelos seus artigos 1º, 2º *caput* e parágrafo único, 3º, 4º, 5º *caput* e parágrafos primeiro e segundo, 6º, 7º, 8º, 9º *caput* e parágrafo único, 10 e 11.

138. O perigo na demora se caracteriza diante do número de pessoas que diariamente estão sujeitas a práticas médicas que podem ser afetadas pela resolução questionada. Segundo dados do DATASUS, apenas de janeiro a setembro de 2019, foram realizados 9.140.812 procedimentos hospitalares, dos quais 1.961.071 foram procedimentos eletivos e 7.109.787 de urgência.¹⁰² Somente no mês de setembro foram 1.012.966 procedimentos; uma média de 33.766 por dia. Em relação aos grupos específicos de risco, estão as milhares de mulheres que engravidam todos os anos, como as que deram

¹⁰² BRASIL. Ministério da Saúde. DATASUS. Procedimentos hospitalares do SUS. Disponível em: <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?sih/cnv/qiuf.def>>. Acesso em 02 dez. 2019.

à luz os 2.962.815 recém-nascidos de 2017;¹⁰³ e as pessoas que possuem doenças transmissíveis, como as 15.923 que foram diagnosticadas com HIV em 2019.

139. Diante disso, pede-se a suspensão de eficácia da íntegra da resolução n. 2.232/19, do CFM, até julgamento de mérito, no intuito de evitar que os milhares de pacientes atendidos pelo SUS e pela saúde suplementar todos os dias, em especial os mais vulneráveis às disposições da resolução, sofram com limitações desprovidas de objetivo constitucional legítimo em seu direito de recusa terapêutica e com interpretação inadequada do conceito de objeção de consciência, em violação aos preceitos fundamentais da legalidade, da separação de poderes, do devido processo legislativo, da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação, bem como os direitos fundamentais à liberdade, à igualdade, à saúde e à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante.

4. PEDIDO DEFINITIVO

140. Por todo o exposto, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL requer:

- a) a concessão da medida cautelar, face à evidência dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, previstos no art. 5º, §1º, da Lei n. 9.882/99, a fim de que suspenda a eficácia da Resolução n. 2.232, de 2019, do Conselho Federal de Medicina (CFM);
- b) a notificação do Conselho Federal de Medicina (CFM) para que, querendo, como órgão interessado, apresente manifestação;
- c) a notificação da Exmo. Sr. Advogado-Geral da União para se manifestar sobre a presente arguição, nos termos da exigência constitucional do art. 103, § 3º e art. 5º, § 2º, da Lei nº 9.882/99;
- d) a notificação do Exmo. Sr. Procurador-Geral da República para que emita o seu parecer, nos termos do art. 103, § 1º da Constituição Federal e art. 5º, § 2º, da Lei nº 9.882/99;
- e) ao final, a procedência do pedido de mérito para que seja reconhecida a incompatibilidade da Resolução n. 2.232, de 2019, do

¹⁰³ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Taxa de nascidos vivos. Disponível em: <<https://sidra.ibge.gov.br/tabela/2679#resultado>>. Acesso em 02 dez. 2019.

CFM, com a Constituição Federal de 1988, a fim de se preservar os preceitos fundamentais da legalidade, da separação de poderes e do devido processo legislativo, em respeito ainda ao direito à saúde de todas as pessoas.

Nestes termos, pede deferimento.

Brasília, 19 de dezembro de 2019.



GABRIELA RONDON
OAB/DF 43.231



LUCIANA BOITEUX
OAB/RJ 90.503