

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.
– VALERIE BILLINGHAM,
THROUGH THE PATIENT’S EYES,
SALZBURG SEMINAR
SESSION 356, 1998

Ilmo. Sr. Defensor Nacional de Direitos Humanos

O OBSERVATÓRIO DIREITOS DOS PACIENTES¹, vem oferecer a presente REPRESENTAÇÃO, visando à propositura de Ação Civil Pública com pedido de tutela provisória em face do Conselho Federal de Medicina, doravante CFM, objetivando a anulação da Resolução nº 2.232, de 2019, publicada no D.O.U. de 16 de setembro de 2016, editada pelo CFM, que dispõe sobre normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico e paciente.

Nesta Representação será demonstrado que a Resolução em comento:

- a) viola os direitos humanos à privacidade, do qual decorre o direito à autodeterminação, o direito ao consentimento informado, o direito à integridade corporal, o direito à recusa de procedimentos e tratamentos em saúde; o direito à informação, bem como o direito de não ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes, do qual se infere o direito a não ser submetido a tratamento ou procedimento médico forçado, conforme o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência - CDPD, Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção sobre os Direitos da Criança - CDC.
- b) encontra-se em desacordo com a autonomia pessoal do paciente, corolário da dignidade humana, bem como com o direito à privacidade e o direito de não ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes, e o direito à saúde, estatuídos na Constituição Federal de 1988.

¹ Agradecemos a parceria com a Dra. Luciana Dadalto e a sua contribuição com a parte referente aos direitos do paciente em fim de vida.

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.

– VALERIE BILLINGHAM,

THROUGH THE PATIENT'S EYES,

SALZBURG SEMINAR

SESSION 356, 1998

- c) infringe os critérios internacionalmente estabelecidos para a restrição de direitos humanos, quais sejam: legalidade, legitimidade e proporcionalidade, conforme a jurisprudência do Direito Internacional dos Direitos Humanos.
- d) encontra-se em dissonância com os parâmetros internacionais relativos à objeção de consciência do médico, inclusive de entidades médicas, tais como da Associação Médica Australiana e do Conselho Médico Geral do Reino Unido.
- e) adota modelo de cuidado em saúde paternalista e não incorpora os ditames do modelo do cuidado centrado no paciente, preconizado por institutos de medicina nos Estados Unidos desde a década de noventa.
- f) confronta direitos de pacientes pertencentes a grupos vulneráveis, como pacientes crianças e adolescentes, pacientes com deficiência, pacientes idosos, e pacientes mulheres.
- g) desrespeita os direitos dos pacientes em fim de vida e a sua dignidade.
- h) está em desconformidade com os ditames postos pela CDPD acerca da capacidade jurídica e da capacidade decisional e com a Lei Brasileira de Inclusão.
- i) extrapola o poder normativo do CFM e infringe o princípio constitucional da legalidade, na medida em que dispõe sobre direitos humanos e fundamentais dos pacientes, restringindo-os e condicionando-os, extrapolando o consubstanciado na Lei nº, nº 3.268, de 30 de setembro de 1957.
- j) no que tange ao tratamento compulsório, em desacordo com Lei nº 6. 259, de 30 de outubro de 1975 e com o Regulamento Sanitário Internacional.
- k) desrespeita os princípios do SUS da preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral e do direito à informação do paciente sobre a sua saúde, conforme o disposto no art. 7º na Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.
- l) não se coaduna com a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, adotada pela UNESCO em 2005, particularmente os seguintes princípios: Artigo 3 – Dignidade Humana e Direitos Humanos; Artigo 5 – Autonomia e Responsabilidade Internacional; Artigo 6 – Consentimento; e Artigo 8 – Respeito pela Vulnerabilidade Humana e pela Integridade Individual.
- m) desconsidera os seguintes consensos internacionais no âmbito de Associações e Conselhos Médicos, bem como da Organização Mundial da Saúde - OMS: definição e limites da objeção de consciência; cuidado centrado no paciente; direitos da mulher gestante; e a tratamentos compulsórios.

1. O Observatório Direitos dos Pacientes

1. O Observatório Direitos dos Pacientes, vinculado ao Programa de Pós-graduação em Bioética -PPGBioética da UnB, no final do ano de 2016, e conta,

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.

– VALERIE BILLINGHAM,

THROUGH THE PATIENT’S EYES,

SALZBURG SEMINAR

SESSION 356, 1998

atualmente, com 27 alunos de Mestrado e de Doutorado, bem como com Mestres e Doutores em Bioética pelo PPGBioética. O Observatório tem o objetivo precípua de sistematizar informações sobre os direitos dos pacientes no Brasil, sob a perspectiva da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, e disseminá-las com o intuito de promover a cultura de direitos humanos na esfera dos cuidados em saúde e de contribuir para a prevenção de violações de direitos dos pacientes.

2. O Observatório Direitos dos Pacientes também tem como foco lidar com o enfrentamento das situações violadoras dos direitos humanos dos pacientes, por isso se incube de divulgar casos de violação de direitos humanos dos pacientes e de realizar recomendações para agentes estatais com o objetivo de contribuir para a alteração dos fatores determinantes de tais violações. O Observatório Direitos dos Pacientes enfoca prioritariamente os direitos humanos dos pacientes, ou seja, aqueles direitos que os pacientes têm quando estão sendo cuidados por profissionais de saúde, independentemente de ser ou não uma relação de consumo. Também, os direitos humanos dos pacientes não se confundem com os direitos dos usuários, que são aqueles direitos que qualquer pessoa tem, seja paciente ou não, em relação aos serviços de saúde, como o direito de acesso a serviço de pronto atendimento.

3. Assim, o Observatório Direitos dos Pacientes tem como foco a promoção dos direitos humanos do paciente, que se diferenciam dos direitos dos usuários e dos consumidores, ou seja, importante registrar que os direitos do paciente não se confundem com os direitos do usuário e os direitos do consumidor. Os direitos do paciente são aqueles direitos que as pessoas têm quando se encontram sob cuidados em saúde, ou seja, regulam a relação entre o profissional de saúde e o paciente. Os direitos do usuário são os direitos dirigidos ao agente responsável pelo serviço de saúde, pois é o direito de acesso a esse serviço, bem como a insumos, medicamentos e outros bens correlatos. Na esfera federal, a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017, dispõe sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Os direitos do consumidor dizem respeito à configuração do paciente como consumidor e à caracterização da relação de consumo, conforme o Código de Defesa do Consumidor. Quanto à aplicação do Direito do Consumidor ao cuidado em saúde, destaca-se que a lógica consumerista não se ajusta à lógica do cuidado, portanto, essa aplicação deveria ser reconsiderada no Brasil.

4. Em 2017, o Observatório elegeu o tema das violações de direitos humanos dos pacientes em risco de suicídio. Foi realizada pesquisa com entrevistas de profissionais de serviços de saúde de urgência e emergência de Brasília, Salvador, Porto Alegre e Goiânia e a partir dos relatos e da sua análise foi elaborado um quadro inédito no país acerca da categorização de práticas em saúde mental como violação de direitos humanos. Essa pesquisa foi transformada em Relatório que foi revisado pelo Núcleo de Saúde Mental, Álcool e outras Drogas da Fiocruz – DF. Esse Relatório foi amplamente divulgado no evento sobre Violação de Direitos Humanos de Pacientes em Risco de Suicídio, realizado em novembro de 2017, na Fiocruz – DF. No evento, várias palestras sobre a temática foram proferidas, inclusive com a participação da Secretaria de Saúde do Distrito Federal. Ainda, no

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.

– VALERIE BILLINGHAM,

THROUGH THE PATIENT’S EYES,

SALZBURG SEMINAR

SESSION 356, 1998

ano de 2017, essa pesquisa foi apresentada no I Congresso Ibero-Americano de Direito Sanitário, promovido pela Faculdade de Saúde Pública da USP.

5. No ano de 2018, o Observatório escolheu a temática dos Cuidados Paliativos e Direitos Humanos e elaborou um documento singular no Brasil sobre o marco conceitual relativo à interface entre Cuidados Paliativos e Direitos Humanos. Esse documento foi lançado e apresentado em novembro de 2018 no I Seminário Brasileiro de Direitos dos Pacientes, organizado pelo Observatório em parceria com o Hospital de Apoio de Brasília, o Grupo Hospitalar Conceição de Porto Alegre, o Comitê de Bioética da OAB – DF, o Observatório de Doenças Raras do PPGBioética da UnB e o Programa de Direito Sanitário da Fiocruz – DF. O I Seminário foi aberto pelo Deputado Federal Pepe Vargas, autor do PL 5559/16 sobre os Direitos dos Pacientes e foi realizado em dois dias, contando com a participação de mais de 150 pessoas de diversos Estados do Brasil.

6. Desse modo, expõe-se que o Observatório Direitos dos Pacientes vem atuando com vistas a assegurar os direitos dos pacientes no Brasil, desse modo, com fulcro na sua missão vem apresentar esta Representação na medida em que a Resolução nº 2.322, de 2019, do CFM, viola os direitos humanos e fundamentais dos pacientes.

2. A Resolução nº 2.232, de 2019 do Conselho Federal de Medicina

7. A Resolução nº 2.232, de 2019, estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente. O art. 1º da Resolução prevê que a recusa terapêutica é, nos termos da legislação vigente e na forma desta Resolução, um direito do paciente a ser respeitado pelo médico, desde que esse o informe dos riscos e das consequências previsíveis de sua decisão.

8. O art. 2º visa assegurar ao paciente maior de idade, capaz, lúcido, orientado e consciente, no momento da decisão, o direito de recusa à terapêutica proposta em tratamento eletivo. O médico, diante da recusa terapêutica do paciente, pode propor outro tratamento quando disponível.

9. O art. 3º fixa 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. No mesmo sentido, o art. 4º estatui que 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 comunicar o fato às autoridades competentes (Ministério Público, Polícia, Conselho Tutelar etc.), visando ao melhor interesse do paciente.

10. A Resolução estabelece uma correlação inusitada entre a recusa do paciente a noção de abuso de direito. Sendo assim, o art. 5º preceitua que a recusa terapêutica

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.

– VALERIE BILLINGHAM,

THROUGH THE PATIENT'S EYES,

SALZBURG SEMINAR

SESSION 356, 1998

não deve ser aceita pelo médico quando caracterizar abuso de direito, bem como enumera as seguintes hipóteses como abuso de direito: a) recusa terapêutica que coloque em risco a saúde de terceiros; b) recusa terapêutica ao tratamento de doença transmissível ou de qualquer outra condição semelhante que exponha a população a risco de contaminação.

11. Particularmente, no que tange à gestante, a Resolução prevê que a recusa terapêutica manifestada por gestante deve ser analisada na perspectiva do binômio mãe/feto, podendo o ato de vontade da mãe caracterizar abuso de direito dela em relação ao feto.

12. A Resolução prevê hipótese de tratamento forçado de crianças e adolescentes, bem como de pessoas “incapazes”, ao tratar no art. 6º da possibilidade do diretor técnico do estabelecimento de saúde ao qual se encontra vinculado o médico assistente que rejeita a recusa terapêutica do paciente de adotar providências necessárias perante as autoridades competentes, visando assegurar o tratamento proposto.

13. No que tange à objeção de consciência, o art. 7º a define como “direito do médico” diante da recusa terapêutica do paciente. Em prosseguimento, o art. 8º complementa a definição ao expressar 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. O art. 9º fixa que a interrupção da relação do médico com o paciente por objeção de consciência impõe ao médico o dever de comunicar o fato ao diretor técnico do estabelecimento de saúde, visando garantir a continuidade da assistência por outro médico, dentro de suas competências. Em caso de assistência prestada em consultório, fora de estabelecimento de saúde, o médico deve registrar no prontuário a interrupção da relação com o paciente por objeção de consciência, dando ciência a ele, por escrito, e podendo, a seu critério, comunicar o fato ao Conselho Regional de Medicina.

14. Especificamente, em situações de urgência e emergência que caracterizarem iminente perigo de morte, o médico deve adotar todas as medidas necessárias e reconhecidas para preservar a vida do paciente, independentemente da recusa.

15. A recusa terapêutica regulamentada pela citada Resolução deve ser prestada, preferencialmente, por escrito e perante duas testemunhas quando a falta do tratamento recusado expuser o paciente a perigo de morte.

16. Ao final, o art. 13 dispõe que não tipifica infração ética de qualquer natureza, inclusive omissiva, o acolhimento, pelo médico, da recusa terapêutica prestada na forma prevista nesta Resolução.

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.
– VALERIE BILLINGHAM,
THROUGH THE PATIENT’S EYES,
SALZBURG SEMINAR
SESSION 356, 1998

3. O Poder normativo do Conselho Federal de Medicina e a Resolução nº 2.232, de 2019 à luz do princípio constitucional da legalidade

17. O CFM é uma autarquia corporativa, dotada de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira. O CFM, enquanto autarquia, possui poder para expedir normativas, o qual se enquadra no Poder Regulamentar da Administração Pública, entendido como “prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação”². Apesar de o CFM constituir um conselho profissional e existir divergência sobre seu enquadramento no âmbito da Administração Pública², é indiscutível que o CFM se submete à lei e à Constituição Federal de 1988 quando do exercício do seu Poder Regulamentar.

18. Ademais, o Poder Regulamentar detém natureza de ato derivado, ou seja, descabe-lhe inovar na ordem jurídica, logo, não tem o condão de criar direitos e obrigações. Nesse sentido, sublinha-se que “não podem os atos formalizadores criar direitos e obrigações”³, porquanto “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, preceito contido no inciso II do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Com efeito, o princípio da legalidade é um pilar do Estado Democrático de Direito e garantia para todos os indivíduos que as ingerências do Estado na sua vida privada deverão estar previstas em lei. Por outro lado, o princípio da legalidade também é um comando para a Administração Pública na medida em que veda “a criação de direitos e deveres por meio diverso da lei”.⁴

19. Ainda, quanto ao princípio da legalidade, esse tem o fito de submeter a todos, inclusive os exercentes do poder normativo regulamentar, à lei editada pelo Poder Legislativo, na medida em que apenas esse “é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social”⁵. Consequentemente, extrai-se do art. 5º, inciso II da Constituição Federal de 1988 que:

“não se diz ‘em virtude de’ decreto, regulamento, resolução, portaria ou quejandos. Diz se ‘em virtude de lei’. Logo, a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que faculte proibir ou impor algo a quem quer

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017, p.59.

² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 539.224 CEARÁ. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2187962>. Acesso em 20 set. 2019.

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017, p.62.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P.232.

⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p.103.

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.
– VALERIE BILLINGHAM,
THROUGH THE PATIENT’S EYES,
SALZBURG SEMINAR
SESSION 356, 1998

que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria, ou seja, lá que ato for para coar a liberdade dos administrados, salvo se em lei já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha minudenciar”.⁶

20. Portanto, “em todas essas hipóteses, o ato normativo não pode contrariar a lei, nem criar direitos, impor obrigações, proibições penalidades que nela não estejam previstos sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.”⁷

21. Os atos normativos emitidos pelas autoridades administrativas se inserem no conceito de Poder Regulamentar, sendo o caso de “instruções normativas, resoluções, portarias, etc. Tais atos têm frequentemente um círculo de aplicação mais restrito, mas, veiculando normas gerais e abstratas para a explicitação da lei”⁸. Na mesma linha, Bandeira de Mello pontua que “tudo quanto se disse a respeito do regulamento e de seus limites aplica-se, ainda com maior razão, a instruções, portarias, resoluções”⁹. Assim, as resoluções são classificadas como atos de regulamentação de segundo grau, ou seja, têm como escopo a regulamentação de leis, decretos e regulamentos, visando à sua aplicabilidade. Em consequência, as resoluções não podem criar direitos ou restrições aos indivíduos que já não estejam previstos em lei. Portanto, no exercício do Poder Regulamentar descabe contrariar a lei sob pena do ato normativo se invalidado.

22. Diante do exposto, constata-se que a Resolução nº 2.232, de 2019, tem natureza jurídica de ato normativo que expressa o Poder Normativo do CFM, entidade de natureza autárquica corporativa. Desse modo, o Poder Normativo do CFM há que ser exercido nos limites da Lei nº 3.268, de 1957, particularmente do disposto em seu art. 2º, o qual assenta que o CFM e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente. Tendo em conta o âmbito de atuação do CFM, compete-lhe normatizar sobre ética profissional, disciplinado a classe médica.

23. Igualmente, consoante o disposto na Lei nº, nº 3.268, de 1957, que dispõe sobre os Conselhos de Medicina, compete ao CFM: a) organizar o seu regimento interno; b) aprovar os regimentos internos organizados pelos Conselhos Regionais; c) eleger o presidente e o secretária geral do Conselho; d) votar e alterar o Código de Deontologia

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p.104.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 94.

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017, p.60.

⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p.373.

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.

– VALERIE BILLINGHAM,

THROUGH THE PATIENT’S EYES,

SALZBURG SEMINAR

SESSION 356, 1998

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) 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; l) normatizar a concessão de diárias, jetons e auxílio de representação, fixando o valor máximo para todos os Conselhos Regionais.

24. Extrai-se do art. 2º e do elenco de competências do CFM constante da Lei nº 3.268, de 1957, que o Poder Normativo do CFM se cinge à ética profissional e à organização da própria autarquia e dos Conselhos Regionais, não há nenhum comando normativo no ordenamento jurídico que tenha concedido ao CFM poder normativo para dispor sobre direitos dos pacientes.

25. Desse modo, o Poder Normativo do CFM, com fulcro no princípio da legalidade, abarca sua competência para expedir normas de caráter geral e abstratas com fundamento de validade na lei destinada aos profissionais de medicina e não a toda a sociedade, enquanto sujeitos de direitos. Assim, considerando a Lei nº 3.268, de 1957, as Resoluções do CFM devem atender aos seguintes requisitos gerais de validade jurídica, quais sejam: a) não contrariar lei, tratado supralegal ou a Constituição Federal de 1988; b) não criar direitos nem obrigações para todos os indivíduos; c) dispor sobre conteúdo abarcado pela Lei nº 3.268, de 1957, ou seja, ética profissional. Contrariamente a esses requisitos de validade material, a Resolução nº 2.322, de 2019, dispõe sobre: a) direitos dos pacientes, que não dizem respeito à ética profissional dos Médicos, mas sim aos direitos que titularizam em decorrência do Brasil ter ratificado tratados de direitos humanos e da Constituição Federal de 1988; b) restrição de direitos humanos e fundamentais dos pacientes; c) inovação no ordenamento jurídico ao prever condicionantes inexistentes na Lei para o exercício de direitos, acarretando obrigações não previstas legalmente para os pacientes.

26. Constata-se que a Resolução nº 2.232, de 2019, ofende o Princípio da Legalidade, contido no inciso II do art. 5º da Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre matéria que ultrapassa seu Poder Normativo e ao fixar critérios e restrições para a fruição dos direitos dos pacientes.

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.
– VALERIE BILLINGHAM,
THROUGH THE PATIENT’S EYES,
SALZBURG SEMINAR
SESSION 356, 1998

4. A Objeção de Consciência do Médico: parâmetros internacionais inobservados pela Resolução nº 2.232, de 2019

27. A objeção de consciência é um fenômeno recente, cuja origem remonta à Inglaterra, no ano de 1967, e aos Estados Unidos, em 1973, por ocasião da descriminalização do aborto. Nos dias de hoje, usualmente a objeção de consciência é utilizada em casos de aborto, contracepção⁹ e morte assistida. Na história dos Códigos de Ética Médica no Brasil, a objeção de consciência passou a ser caracterizada como um direito do médico a partir da publicação do Código de Ética Médica do CFM em 1988. Esse Código prevê que os médicos têm o direito de “recusar a realização de atos médicos que embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.” Desde então este artigo foi preservado em todas as atualizações do Código de Ética Médica, nas suas versões de 2009 e 2019.

28. A objeção de consciência do profissional de Medicina ocorre quando um médico, resultante de conflito com suas crenças e valores pessoais, reconhece que não pode prover ou participar de tratamento ou procedimento considerado cientificamente apropriado sob a ótica dos padrões profissionais¹⁰. Sublinha-se que a recusa do médico de prover ou participar de um tratamento ou procedimento por questões médicas ou legais não constitui objeção de consciência¹¹.

29. O principal motivo que sustenta a necessidade de respeitar a objeção de consciência é a obrigação de respeitar a integridade moral do profissional de saúde. O desrespeito às convicções morais mais arraigadas de um indivíduo, como aquelas originadas de princípios éticos ou religiosos, compreensivelmente pode provocar danos à compreensão da própria identidade¹². A importância de preservar a integridade moral do médico é uma justificativa plausível para a admissibilidade de objeção de consciência, mas para isso é necessário que esteja lastreada em argumentos razoáveis de que a execução de um ato médico poderia comprometer convicções morais centrais do profissional. Desse modo, compreende-se que não é qualquer tipo de argumento que poderia servir para a reivindicação do direito à

⁹ FIALA, Christian; ARTHUR, Joyce H. *There is no defence for ‘Conscientious objection’ in reproductive healthcare*. Disponível

em: https://www.researchgate.net/publication/318647162_There_is_no_defense_for_‘Conscientious_objection’_in_reproductive_health_care. Acesso em: 16 ago. 2019.

¹⁰ AUSTRALIAN MEDICAL ASSOCIATION. Disponível em: <https://ama.com.au/media/ama-updatedadvice-doctors-conscientious-objections>. Acesso em: 16 set. 2019.

¹¹ AUSTRALIAN MEDICAL ASSOCIATION. Disponível em: <https://ama.com.au/media/ama-updatedadvice-doctors-conscientious-objections>. Acesso em: 16 set. 2019.

¹² WICCLAIR, Mark R. Conscientious Objection. *Encyclopedia of Global Bioethics*, p. 1-13, 2017.

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.

– VALERIE BILLINGHAM,

THROUGH THE PATIENT’S EYES,

SALZBURG SEMINAR

SESSION 356, 1998

objeção de consciência¹³. Além disso, é necessário devotar atenção às consequências para o paciente, que não se restringem apenas ao transtorno de buscar o cuidado de um novo profissional. Em alguns casos, a recusa de atendimento pode ter como motivação o desejo de punição, dominação cultural¹⁴ e abre brechas para a discriminação, o que é inaceitável.

30. Embora a objeção de consciência por profissionais de saúde seja um fenômeno global e esteja presente na legislação de vários países¹⁵, ela é contestada em razão da sua incompatibilidade com o profissionalismo dos médicos. Em 2017, em artigo no *Journal of Medical Ethics*, Schuklenk and Smalling sustentam que não é plausível que profissionais, cuja escolha da profissão deu-se de forma voluntária, possam legalmente sustentar que não irão prover serviços abarcados pelo escopo da sua prática profissional, cuja provisão é socialmente esperada¹⁶.

31. As Diretrizes da Associação Médica Australiana estabelecem que a objeção de consciência apenas é caracterizada quando baseada em crença e valores sinceros e não em auto interesse ou discriminação¹⁸.

32. O Conselho Geral de Medicina do Reino Unido fixa que o médico deve tratar seus pacientes com respeito e equidade a despeito das suas crenças e escolhas de vida. Ainda, o médico não deve expressar suas crenças pessoais (incluindo, crenças morais, religiosas ou políticas) para o paciente de modo a incrementar sua vulnerabilidade ou causar-lhe estresse¹⁷.

33. Segundo o Conselho Geral de Medicina do Reino Unido, o médico pode optar por não prover determinado procedimento em razão de suas crenças e valores, na medida que não resultar, direta ou indiretamente, em discriminação ou danos a um paciente individual ou a um grupo de pacientes. Isso significa que o médico não pode

¹³ MAGELSSSEN, Morten. When should conscientious objection be accepted? *Journal of Medical Ethics*, v. 38, n. 1, p. 18-21, 2012.

¹⁴ CHARO, R. Alta. The celestial fire of conscience—refusing to deliver medical care. *New England Journal of Medicine*, v. 352, n. 24, p. 2471-2473, 2005.

¹⁵ WICCLAIR, Mark R. Conscientious Objection. *Encyclopedia of Global Bioethics*, p. 1-13, 201.

¹⁶ Apud NEAL, Mary; FORVAGUE, Sara. *Is conscientious objection incompatible with healthcare professionalism?* Disponível

em: https://www.researchgate.net/profile/Mary_Neal2/publication/335127115_Is_conscientious_objection_incompatible_with_healthcare_professionalism/links/5d62417d458515d610228811/Isconscientious-objection-incompatible-with-healthcare-professionalism.pdf. Acesso em: 16 set. 2016. ¹⁸

AUSTRALIAN MEDICAL ASSOCIATION. Disponível em: <https://ama.com.au/media/ama-updatedadvice-doctors-conscientious-objections>. Acesso em: 16 set. 2019.

¹⁷ GENERAL MEDICAL COUNCIL. Disponível em: <https://www.gmc-uk.org/ethical-guidance/ethicalguidance-for-doctors/personal-beliefs-and-medical-practice/personal-beliefs-and-medical-practice>. Acesso em: 16 set. 2019.

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.

– VALERIE BILLINGHAM,

THROUGH THE PATIENT’S EYES,

SALZBURG SEMINAR

SESSION 356, 1998

deixar de tratar um paciente ou grupo de paciente em razão das suas crenças ou valores pessoais sobre tal paciente ou grupo¹⁸.

34. Ademais, de acordo com o Conselho Geral de Medicina do Reino Unido, os pacientes têm direito à informação sobre as opções que existem para seu caso, e se o médico tiver objeção em relação a certo procedimento ou tratamento, deverá: a) ao informar ao paciente que não adotará o procedimento ou o tratamento, fazê-lo sem causar estresse ao paciente; b) não julgar a escolha do paciente; c) informar ao paciente que tem o direito de discutir sobre as opções existentes com outro médico (incluindo a opção que o médico rejeita)¹⁹.

35. Importante pontuar que em nenhuma hipótese a objeção de consciência do médico pode implicar a imposição de tratamento ou procedimento ao paciente. A objeção consiste na recusa do médico de não prover tratamento ou procedimento, ou seja, significa uma abstenção por parte do profissional, sendo assim, descabe sob o argumento da objeção ter uma conduta positiva traduzida em tratamento forçado.

36. A Resolução nº 2.232, de 2019, define a objeção de consciência como 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”. Primeiramente, cabe esclarecer que a objeção de consciência definida pela Resolução do CFM não se coaduna com os parâmetros internacionais, inclusive os de entidades médicas e da literatura científica. A objeção de consciência é a recusa por parte do médico de realizar procedimento ou tratamento em virtude de suas crenças e valores pessoais, logo, não é adequado defini-la com base na recusa do paciente. Nota-se que a definição do CFM objetivou contrapor a possibilidade do médico de não prover um cuidado com o direito do paciente de recusar. Com efeito, essa contraposição é equivocada, porquanto a objeção de consciência é usualmente empregada quando o paciente opta por um curso de ação e esse contraria as crenças e os valores pessoais do médico.

37. Igualmente, quando a Resolução conjuga a recusa do paciente e a objeção de consciência dá a entender de forma prejudicial para a harmonia da relação médico e paciente que qualquer recusa do paciente pode ser objetada pela mera alegação de objeção de consciência, o que não condiz com a sua natureza excepcional. Isso porque a objeção de consciência tem o condão de privilegiar injustamente a consciência do médico em detrimento da consciência do paciente. Ainda, a objeção de consciência em razão da restrição do direito do paciente aos cuidados em saúde e

¹⁸ GENERAL MEDICAL COUNCIL. Disponível em: <https://www.gmc-uk.org/ethical-guidance/ethicalguidance-for-doctors/personal-beliefs-and-medical-practice/personal-beliefs-and-medical-practice>. Acesso em: 16 set. 2019.

¹⁹ GENERAL MEDICAL COUNCIL. Disponível em: <https://www.gmc-uk.org/ethical-guidance/ethicalguidance-for-doctors/personal-beliefs-and-medical-practice/personal-beliefs-and-medical-practice>. Acesso em: 16 set. 2019.

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.

– VALERIE BILLINGHAM,

THROUGH THE PATIENT’S EYES,

SALZBURG SEMINAR

SESSION 356, 1998

ao exercício da sua autodeterminação deve ser sempre interpretada restritivamente²⁰ e há que se impor limites explícitos e precisos para seu uso quotidiano na prática clínica²¹.

39. A Resolução do CFM prevê que quando o médico opta por deixar de prover o cuidado em saúde com base na alegação de que está exercendo a objeção de consciência, deve comunicar o fato ao diretor técnico do estabelecimento de saúde a fim de que outro profissional assegure o cuidado em saúde do paciente. Isso porque a objeção de consciência não se aplica quando o recusa do médico em cuidar do paciente poderá acarretar-lhe danos à sua saúde. Caso a objeção seja feita em consultório, o médico deve registrá-la no prontuário do paciente, o qual deve ser cientificado por escrito.

40. Considerando o texto da Resolução do CFM sobre objeção de consciência, pontua-se:

a) A Resolução trata equivocadamente da objeção de consciência e do direito do paciente de recusar procedimentos e tratamentos como assuntos correlatos e necessariamente interligados.

b) A Resolução não prevê salvaguardas para que o médico não cause estresse ao paciente ou aumente a sua vulnerabilidade quando fizer uso da objeção de consciência.

c) A Resolução não trata do dever do médico de não discriminar o paciente por meio do uso da objeção de consciência, ou seja, o médico não pode deixar de tratar um paciente ou grupo de paciente em razão da suas crenças ou valores pessoais sobre tal paciente ou grupo.

d) A Resolução não traz mecanismos de verificação da presença da crença ou valor pessoal genuíno de modo a assegurar a conduta profissional do médico.

e) A Resolução não estabelece de forma explícita que a objeção de consciência não implica forçar o paciente a determinado tratamento ou procedimento.

²⁰ FIALA, Christian; ARTHUR, Joyce H. *There is no defence for ‘Conscientious objection’ in reproductive healthcare*. Disponível

em: https://www.researchgate.net/publication/318647162_There_is_no_defense_for_‘Conscientious_objection’_in_reproductive_health_care. Acesso em: 16 ago. 2019.

²¹ NEAL, Mary; FORVAGUE, Sara. *Is conscientious objection incompatible with healthcare professionalism?* Disponível

em: https://www.researchgate.net/profile/Mary_Neal2/publication/335127115_Is_conscientious_objection_incompatible_with_healthcare_professionalism/links/5d62417d458515d610228811/Isconscientious-objection-incompatible-with-healthcare-professionalism.pdf. Acesso em: 16 set. 2016.

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.

– VALERIE BILLINGHAM,

THROUGH THE PATIENT’S EYES,

SALZBURG SEMINAR

SESSION 356, 1998

f) A Resolução não traz balizas para que a objeção de consciência seja adotada no caso concreto de forma excepcional na medida em que expressa o predomínio da perspectiva do médico sobre a do paciente.

5. A Resolução nº 2.232, de 2019 em dissonância com o Modelo do Cuidado Centrado no Paciente

41. O cuidado em saúde nos últimos dez anos apresentou duas mudanças paradigmáticas: a Medicina baseada em Evidências e o Cuidado Centrado no Paciente – CCP²². Em 2001, o Relatório *Crossing the Quality Chasm* elaborado pelo Instituto de Medicina dos Estados Unidos adotou o CCP como novo paradigma para o cuidado em saúde de qualidade²³. O Conselho Geral de Medicina do Reino Unido vem priorizando o CCP nas Escolas de Medicina e na prática da Medicina por meio dos padrões assentados no documento intitulado “Promoção da Excelência da Educação Médica”.²⁴

42. O Instituto de Medicina dos Estados Unidos define o CCP como o cuidado respeitoso e responsivo às preferências, às necessidades e aos valores dos pacientes, ou seja, a perspectiva dos pacientes deve guiar todas as decisões clínicas²⁵. Assim, o CCP deve ser focado no paciente, ou seja, o cuidado não deve ser centrado na doença ou na sua cura, dando lugar para uma visão do paciente como uma pessoa com suas crenças, valores e necessidades e ao rechaço da concepção estritamente biológica da vida. A Tomada de Decisão Compartilhada – TDC parte do pressuposto de que médicos e pacientes devem atuar em conjunto buscando o bem-estar e a qualidade de vida do paciente. Na TDC os pacientes e os médicos compartilham informação, o profissional sobre as opções e seus riscos e benefícios, e os pacientes expressam seus valores e preferências²⁸. Com efeito, a TDC consiste em um processo envolvendo os pacientes que tomam decisões informadas e baseadas em suas preferências sobre seus cuidados e tratamentos²⁹.

²² ENGLE, Ryann L. Evidence-based practice and patient-centered care: Doing both well. *Health Care Manage Rev*, 2019, 00(0), 00–00.

²³ BARRY, Michael J.; EDGMAN-LEVITAN, Susan. Shared Decision Making — The Pinnacle of Patient-Centered Care. *The New England Journal of Medicine*. Disponível em:

http://projects.ig.harvard.edu/files/shared_decision_making/files/sdm_pinnacle_of_patient_centered_care.pdf?m=1446225643#targetText=The%20IOM%20defined%20patient%2D%20centered,values%20guide%20all%20clinical%20decisions.%E2%80%9D. Acesso em 20 set. 2019.

²⁴ HEARN, Jasmine; DEWJI, Mohamed; STOCKER, Claire; SIMONS, Greg. Patient-Centered Medical Education: a proposed definition. *Medical Teacher*, 2019.

²⁵ BARRY, Michael J.; EDGMAN-LEVITAN, Susan. Shared Decision Making — The Pinnacle of Patient Centered Care. *The New England Journal of Medicine*. Disponível em:

http://projects.ig.harvard.edu/files/shared_decision_making/files/sdm_pinnacle_of_patient_centered_care.pdf?m=1446225643#targetText=The%20IOM%20defined%20patient%2D%20centered,values%20guide%20all%20clinical%20decisions.%E2%80%9D. Acesso em 20 set. 2019.

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.

– VALERIE BILLINGHAM,

THROUGH THE PATIENT’S EYES,

SALZBURG SEMINAR

SESSION 356, 1998

43. Registre-se que o CCP é um dos elementos da qualidade do cuidado em saúde. O Instituto de Medicina dos Estados Unidos assentou que a qualidade dos serviços de saúde implica cuidados em saúde seguros, efetivos, centrados no paciente, oportunos, eficientes e equitativo³⁰.

44. O Modelo do CCP é o novo paradigma de cuidado em saúde, ou seja, o paciente é o protagonista do cuidado, o que impõe o rechaço da cultura paternalista que permeia os cuidados em saúde no Brasil. No Modelo Paternalista, o paciente não tem suas perspectivas formalmente reconhecidas como supremas e essas são sempre colocadas em segundo plano quando dissonantes com as dos médicos. De acordo com esse Modelo, parte-se do pressuposto de que os pacientes não têm habilidade para decidir sobre o que é melhor para si ³¹. Ademais conforme a perspectiva paternalista, o benefício para o paciente não consiste em fazer aquilo que sua vontade e preferências estabelece, mas sim o que o médico entende que é melhor para o paciente. Childress define paternalismo como fazer valer de forma arrogante aquilo que se considera “o melhor” ou “bom” para os outros.³²

45. Desse modo, verifica-se que a Resolução nº 2.232, de 2019, ao estabelecer a supremacia do médico sobre o paciente, inclusive prevendo variadas hipóteses de tratamento forçado, como no caso de emergência e de doença transmissível, se coloca cabalmente em confronto com o CCP e endossa o Modelo paternalista, ultrapassado e anacrônico. Assim, surpreende que o CFM se coloque de forma dissonante com o Instituto de Medicina dos Estados Unidos e tantas outras Associações e Entidades Médicas que preconizam o CCP, inclusive como meio eficaz de concorrer para assegurar a segurança do paciente e qualidade do cuidado em saúde.

²⁸ BARRY, Michael J.; EDGMAN-LEVITAN, Susan. Shared Decision Making — The Pinnacle of Patient-Centered Care. *The New England Journal of Medicine*.

Disponível em:

[HTTP://PROJECTS.IQ.HARVARD.EDU/FILES/SHARED_DECISION_MAKING/FILES/SDM_PINNACLE_OF_PATIENT_CENTERED_CARE.PDF?M=1446225643#TARGETTEXT=THE%20IOM%20DEFINITION%20OF%20PATIENT-CENTERED%20VALUES%20GUIDE%20ALL%20CLINICAL%20DECISIONS.%E2%80%9D](http://projects.iq.harvard.edu/files/shared_decision_making/files/sdm_pinnacle_of_patient_centered_care.pdf?M=1446225643#TARGETTEXT=THE%20IOM%20DEFINITION%20OF%20PATIENT-CENTERED%20VALUES%20GUIDE%20ALL%20CLINICAL%20DECISIONS.%E2%80%9D). ACESSO EM 20 SET. 2019.

²⁹ DIMOPOULOS-BICK, Tara et al. Shared decision making implementation: a case study analysis to increase uptake in New South Wales. *Australian Health Review*. 2019.

³⁰ . IOM. Quality chasm summit project description. Disponível em: <http://www.nationalacademies.org/hmd/~/media/Files/Report%20Files/2001/Crossing-the-QualityChasm/Quality%20Chasm%202001%20report%20brief.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

³¹ EDOZIEN, Leroy C. *Self-determination in Health Care*. Surrey: Ashgate, 2015.

³² Apud GOOLD, Imogen; HERRING, Jonathan. *Great Debates in Medical Law and Ethics*. London: Palgrave, 2018.

6. Os direitos dos pacientes violados pela Resolução nº 2.232, de 2019

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.

– VALERIE BILLINGHAM,

THROUGH THE PATIENT'S EYES,

SALZBURG SEMINAR

SESSION 356, 1998

39. Primeiramente, importante contextualizar o surgimento dos direitos dos pacientes. Com efeito, o movimento pelo reconhecimento dos direitos do paciente data da década de setenta, momento histórico em que se reivindicou a autonomia pessoal sobre o próprio corpo, e se questionou o paternalismo e a assimetria informacional na área da saúde. Dessa forma, afirmar que as pessoas detêm direitos específicos quando se encontram sob cuidados em saúde tão somente pelo fato de serem humanas consiste em um progresso moral das sociedades contemporâneas. Esse avanço moral refletiu, na década de noventa, na adoção de leis sobre os direitos do paciente em variados países. A Finlândia foi o primeiro país a contar com uma lei sobre os direitos do paciente. Atualmente, a maior parte dos países ricos possui legislação sobre os direitos do paciente e, na América Latina, por exemplo, Argentina, Equador e Chile contam com lei sobre os direitos do paciente.²⁶

40. Segundo a OMS, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 reconhece "a dignidade inerente" e "os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana", e com base em tais concepções, como a de dignidade e igualdade fundamental de todos os seres humanos que se desenvolveu a noção de direitos do paciente²⁷.

41. Os direitos dos pacientes diretamente violados pela Resolução nº 2.232, de 2019, são o direito à privacidade, o direito de não ser torturado nem submetido a outro tratamento cruel, desumano ou degradante, e o direito à capacidade jurídica, que se encontram previstos na Constituição Federal de 1988 e nos tratados internacionais e interamericanos de direitos humanos adiante enumerados, bem como os direitos corolários: direito à autodeterminação, direito à integridade corporal, direito ao consentimento informado, direito à recusa a tratamentos e procedimentos em saúde, direito à informação e o direito de não ser submetido a tratamentos e procedimentos forçados. O direito à integridade corporal será tratado sob a ótica do direito à autodeterminação, conforme orientação da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos²⁸ e dos estudos de Edozien³⁶. O direito ao consentimento informado será abordado em conjunto com o direito à autodeterminação e o direito à informação com o direito de recusar tratamentos e procedimentos.

²⁶ ALBUQUERQUE, Aline. *Direitos Humanos dos Pacientes*. Curitiba: Juruá, 2016

²⁷ WHO. Patients Rights. Disponível em: <https://www.who.int/genomics/public/patientrights/en/>. Acesso em: 20 set. 2019.

²⁸ Interference with Applicant's Private Life. The Court first considered whether there was an interference with Ms. Konovalova's private life. The Court confirmed that a person's private life includes an array of information, including information that "individuals can legitimately expect to not be exposed to the public without their consent." The Court noted that the concept of private life extends to physical integrity, "since a person's body is the most intimate aspect of private life, and medical intervention, even if it is of minor importance, constitutes an interference with this right." Id. at paras. 39-41.

INTERNATIONAL JUSTICE RESOURCE CENTER. Disponível em:

<https://ijrcenter.org/2014/10/21/european-court-of-human-rights-finds-medical-students-observation-violated-patients-right-to-privacy-in-konovalova-v-russia/> Acesso em: 23 set. 2019. ³⁶ EDOZIEN, Leroy C. *Self-determination in Health Care*. Surrey: Ashgate, 2015.

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.

– VALERIE BILLINGHAM,

THROUGH THE PATIENT’S EYES,

SALZBURG SEMINAR

SESSION 356, 1998

42. Salienta-se que a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, assenta em seu art. 7º, incisos II e III, a preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral e o direito à informação do paciente sobre a sua saúde, enquanto princípios do SUS.

43. Ressalte-se que, conforme o RE 466.343, Min. Relator Cezar Peluso, os tratados internacionais e interamericanos de direitos têm caráter supralegal, ou seja,

“Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. (...) Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao PIDCP (art. 11) e à CADH — Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, LXVII, da CF/1988, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel”²⁹.

44. Registre-se que, considerando que o Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ambos detêm status de emenda constitucional.

45. Aduz-se que também se emprega como parâmetro de análise da Resolução nº 2.322, de 2019, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, adotada pela UNESCO em 2005, particularmente os seguintes princípios: Artigo 3 – Dignidade Humana e Direitos Humanos; Artigo 5 – Autonomia e Responsabilidade Internacional; Artigo 6 – Consentimento; e Artigo 8 – Respeito pela Vulnerabilidade Humana e pela Integridade Individual.

46. Abaixo se encontra quadro que transcreve os direitos humanos violados pela Resolução nº 2.232, de 2019.

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.
--

Artigo 7

Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes.

Artigo 17

²⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Aplicação das Súmulas no STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>. Acesso em: 20 set. 2019.

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.

– VALERIE BILLINGHAM,

THROUGH THE PATIENT'S EYES,

SALZBURG SEMINAR

SESSION 356, 1998

1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992

ARTIGO 5

Direito à Integridade Pessoal

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

ARTIGO 11

Proteção da Honra e da Dignidade

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009

Artigo 12

Reconhecimento igual perante a lei

1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.
2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.
– VALERIE BILLINGHAM,
THROUGH THE PATIENT’S EYES,
SALZBURG SEMINAR
SESSION 356, 1998

3.Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.

6.1. *A dignidade humana nos cuidados em saúde*

47. A dignidade humana tem com corolário o dever de respeito à pessoa, que se alicerça no seu valor intrínseco e na capacidade humana de projetar possíveis cursos de ação e, conseqüentemente, de conduzir sua vida conforme essas ações. Andorno pontua que o recurso à dignidade humana expressa a ideia de que todas as pessoas têm um valor inerente e por tal fato são titulares de direitos³⁰. Com efeito, o dever do respeito pelas pessoas implica a prescrição ético-jurídica no sentido de que todas as pessoas devem ser tratadas como agentes autônomos e esse reconhecimento da autodeterminação impõe a assunção de que o paciente tem o poder de conduzir sua própria vida conforme suas escolhas³¹.

48. O respeito pela pessoa impõe tomar em conta as opiniões das pessoas com capacidade de se autodeterminar e abster-se de obstruir suas ações a menos que sejam explicitamente danosas para os outros. Sendo assim, a instrumentalização do paciente, que consiste no seu tratamento conforme as finalidades externas à sua própria pessoa, consistem em violação da sua dignidade³².

49. Segundo Andorno, a violação da integridade corporal do paciente consiste em afronta à dignidade humana, assim todos os exames físicos devem ser feitos com a permissão do paciente e mediante a prévia explicação acerca do que será realizado. Por outro lado, endossar a dignidade humana do paciente também implica promover a sua autonomia e minimizar a assimetria informacional entre o médico e o paciente. Assim, em síntese, a dignidade humana oferece um marco geral sobre o qual pode se construir balizas para guiar o médico, o paciente e os familiares nos cuidados em saúde.³³

6.2. *Direito à privacidade e seus direitos derivados: direito à autodeterminação e direito à recusa a tratamentos e procedimentos em saúde*

³⁰ ANDORNO, Roberto. La dignidad humana como principio biojurídico y como estándar moral de la relación médico-paciente. *ARBOR*, v. 195-792, abril-junho 2019.

³¹ ALBUQUERQUE, Aline. *Direitos Humanos dos Pacientes*. Curitiba: Juruá, 2016.

³² EDOZIEN, Leroy C. *Self-determination in Health Care*. Surrey: Ashgate, 2015.

³³ ANDORNO, Roberto. La dignidad humana como principio biojurídico y como estándar moral de la relación médico-paciente. *ARBOR*, v. 195-792, abril-junho 2019.

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.

– VALERIE BILLINGHAM,

THROUGH THE PATIENT’S EYES,

SALZBURG SEMINAR

SESSION 356, 1998

50. O direito à privacidade ou o direito à vida privada, previsto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela ONU em 1966, e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada pela Organização dos Estados Americanos – OEA, em 1969, expressa o direito de fazer escolhas e de determinar o curso de ação sobre a própria morte, enquanto uma dimensão essencial da vida privada. O direito à privacidade é a expressão no léxico jurídico do princípio do respeito à autonomia pessoal, do qual decorre o comando de que compete aos indivíduos fazerem escolhas e conduzirem suas vidas conforme sua vontade e preferências, sem ingerências externas. Sendo assim, o direito à privacidade emite uma prescrição nodal para as sociedades democráticas no sentido de que as interferências na vida privada devem ser solidamente justificadas e jamais arbitrárias.³⁴

51. Com base na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a autonomia pessoal veda “qualquer atuação estatal que converta o indivíduo em sujeito alheio às eleições feitas por ele sobre sua própria vida, seu corpo e o desenvolvimento pleno da sua personalidade”³⁵. Do direito à privacidade extraem-se os seguintes direitos dos pacientes: direito à autodeterminação; direito ao consentimento informado; direito de recusar cuidados em saúde; direito do paciente hospitalizado de ter sua vida privada respeitada e direito de respeito à confidencialidade das informações relacionadas à saúde³⁶.

52. Na esfera dos cuidados em saúde, a não violação do direito à privacidade do paciente pressupõe a vedação de tratamentos compulsórios e de meios de manutenção artificial da vida. Com efeito, as decisões sobre o corpo e a saúde do paciente devem ser feitas a partir da sua perspectiva, vontade e preferências, na medida em que é extremamente importante para o paciente manter o controle sobre a sua vida e a sua dignidade durante todas as fases dos seus cuidados em saúde³⁷.

5.2.1. Direito do paciente à autodeterminação

53. O direito à autodeterminação do paciente é derivado, sob a ótica bioética, do princípio da não ingerência de J. Stuart Mill, que confere o alicerce da ideia liberal contemporânea de que o poder do Estado ou da sociedade apenas pode ser exercido perante um indivíduo, contra a sua vontade, em hipóteses restritivas. Como afirma

³⁴ ALBUQUERQUE, Aline. *Capacidade Jurídica e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

³⁵ ALBUQUERQUE, Aline. *Capacidade Jurídica e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

³⁶ ALBUQUERQUE, Aline. *Direitos Humanos dos Pacientes*. Curitiba: Juruá, 2016.

³⁷ QUILL, Timothy E. Death and Dignity: a case of individualized decision-making. In: SHANNON, Thomas A. *Bioethics*. Mahwah: Paulist, 1993. p. 167-173.

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.

– VALERIE BILLINGHAM,

THROUGH THE PATIENT’S EYES,

SALZBURG SEMINAR

SESSION 356, 1998

Mill no que diz respeito ao seu próprio corpo e mente, o indivíduo é soberano. Sendo assim, extrai-se da princípio da não ingerência a noção de liberdade negativa – a não interferência dos outros nos assuntos da vida e do corpo de cada um – que é fundamental para salvaguardar as escolhas pessoais da ingerência do Estado e da sociedade³⁸.

54. O direito à autodeterminação confere à pessoa a possibilidade de conduzir sua própria vida, conforme suas escolhas individuais, baseada em crenças, valores e preferências pessoais. A essência da autodeterminação consiste na noção de que as pessoas são aptas a decidirem, escolher e agir com base em sua vontade e preferências³⁹. Inclusive, tal direito pode contemplar condutas danosas e perigosas. De acordo com a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, mesmo quando a escolha pessoal implica ameaça à saúde ou à vida do indivíduo a escolha deve ser respeitada⁴⁰.

55. O direito à autodeterminação do paciente abarca: a) o direito à integridade corporal; b) o direito de tomar decisões sobre seus cuidados em saúde ⁴⁹, que consiste, em outras palavras, no direito ao consentimento informado. No que tange à integridade corporal, a ideia de que a integridade corporal deve ser protegida de qualquer intervenção desautorizada foi incorporada a legislações ocidentais desde a Idade Média⁴¹, sendo assim, o paciente em o direito de não ser tocado ou tratado por qualquer profissional de saúde sem o seu consentimento⁴².

56. Quanto ao direito do paciente de tomar decisões sobre seus cuidados e ao consentimento informado, sublinha-se que, atualmente, o modelo internacionalmente preconizado é a TDC, conforme explanado anteriormente. Estudos demonstram que os pacientes desejam ser envolvidos na tomada de decisão sobre seu tratamento⁴³. No mesmo sentido, a literatura especializada aponta que a participação dos pacientes nos cuidados em saúde incrementa a sua qualidade.⁴⁴ Portanto, a Resolução nº 2.232, de 2019, autoriza a violação da integridade corporal do paciente, bem como ignora que a TDC é o modelo atualmente estimulado, porquanto incrementa a qualidade do cuidado e a satisfação do paciente, bem como reduz os conflitos com os profissionais de Medicina.

³⁸ ALBUQUERQUE, Aline. Capacidade Jurídica e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

³⁹ EDOZIEN, Leroy C. *Self-determination in Health Care*. Surrey: Ashgate, 2015.

⁴⁰ ALBUQUERQUE, Aline. *Direitos Humanos dos Pacientes*. Curitiba: Juruá, 2016. ⁴⁹

EDOZIEN, Leroy C. *Self-determination in Health Care*. Surrey: Ashgate, 2015.

⁴¹ ALBUQUERQUE, Aline. *Direitos Humanos dos Pacientes*. Curitiba: Juruá, 2016.

⁴² ANNAS, George J. *The rights of patients*. Nova Iorque: New York University, 2004.

⁴³ EDOZIEN, Leroy C. *Self-determination in Health Care*. Surrey: Ashgate, 2015.

⁴⁴ BERGERUM, Carolina et al. How might patient involvement in healthcare quality improvement efforts work: a realist literature review. *Health Expectations*. 2019; 00:1–13.

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.

– VALERIE BILLINGHAM,

THROUGH THE PATIENT’S EYES,

SALZBURG SEMINAR

SESSION 356, 1998

5.2.2. Direito à recusa de tratamentos e procedimentos em saúde e o direito à informação do paciente

57. Particularmente, quanto ao direito de recusar tratamentos e procedimentos médicos, enquanto decorrente do direito à privacidade, assinala-se que a soberania do paciente quanto aos seus cuidados em saúde assenta o comando de que um paciente adulto e capaz tem o direito absoluto de recusar consentir tratamento e procedimento por qualquer motivação, racional ou irracional, por nenhuma razão, mesmo que a sua decisão possa conduzir à sua morte⁴⁵.

58. A recusa de tratamentos médicos não deve ser analisada como uma tentativa de suicídio, desse modo, constata-se que há consenso internacional entre estudiosos da temática acerca da evidente distinção entre adotar ações positivas para suprimir a vida e a mera recusa a submeter-se a tratamento/procedimento médico⁴⁶ Atualmente, as legislações sobre Direitos dos Pacientes preveem o direito ao consentimento e à recusa⁴⁷. Portanto, há um amplo entendimento compartilhado no sentido de que todo procedimento/tratamento médico condiciona-se ao consentimento informado do paciente e a sua realização sem tal condição é considerada um ato ilícito⁴⁸.

59. Atualmente, todas as Legislações sobre Direitos dos Pacientes preveem o direito ao consentimento e à recusa do paciente, como exemplo, chama-se atenção dos seguintes países, Dinamarca, Estados Unidos, Reino Unido, França, Itália, Canada, Austrália e outros⁴⁹. Consequentemente, nota-se a presença de um consenso legal internacional, assim todo procedimento e tratamento médico condiciona-se ao consentimento informado do paciente⁵⁰.

60. O *National Health Service – NHS*, o Serviço Nacional de Saúde do Reino Unido, assenta em seu site oficial que o paciente tem do direito de recusar e essa recusa deve ser respeitada, mesmo que resulte em sua morte ou na morte do feto. A única hipótese em que a recusa do paciente pode ser refutada diz respeito à ausência de capacidade decisional verificada no momento da decisão. A recusa para ser validade deve ser voluntária e apropriadamente informada, ou seja, a recusa não deve decorrer da pressão de profissionais de saúde ou de familiares, bem como o paciente

⁴⁵ EDOZIEN, Leroy C. *Self-determination in Health Care*. Surrey: Ashgate, 2015.

⁴⁶ FORD, John C. Refusal of Blood Transfusions by Jehovah’s Witness. *The Catholic Lawyer*, v. 10. n. 3, 2016.

⁴⁷ EUROPEAN UNION. *Patient’s Rights in European Union. Mapping Exercise*. Luxembourg: European Union, 2016.

⁴⁸ FORD, John C. Refusal of Blood Transfusions by Jehovah’s Witness. *The Catholic Lawyer*, v. 10. n. 3, 2016.

⁴⁹ EUROPEAN UNION. *Patient’s Rights in European Union. Mapping Exercise*. Luxembourg: European Union, 2016.

⁵⁰ FORD, John C. Refusal of Blood Transfusions by Jehovah’s Witness. *The Catholic Lawyer*, v. 10. n. 3, 2016.

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.

– VALERIE BILLINGHAM,

THROUGH THE PATIENT’S EYES,

SALZBURG SEMINAR

SESSION 356, 1998

tem o direito de ser informado sobre as opções de tratamento, incluindo os riscos e benefícios associados, e o que ocorrerá se recusar o tratamento⁵¹.

61. Desse modo, chama-se atenção para o direito do paciente de ser informado, pressuposto do consentimento informado e da TDC. Com efeito, o paciente tem o direito de ser informado sobre seu estado de saúde, tratamento, alternativas e seus respectivos riscos e benefícios, bem como sobre os efeitos do tratamento. As informações sobre o tratamento e as alternativas de tratamento devem ser explicadas de maneira a serem entendidas pelo paciente. O paciente também tem o direito de recusar esta informação. Destaca-se que compreender a importância do direito do paciente de receber informações é essencial para criar um relacionamento de confiança entre o paciente e o médico⁵². Igualmente, o direito à informação envolve informações acerca de decisões complexas, pois precisa compreender as opções de tratamento e seus benefícios e riscos com o objetivo de serem discutidas com o profissional de saúde⁵³.

62. A Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, intitulada Convenção de Oviedo, adotada pelo Conselho da Europa em 1997, estabelece em seu Artigo 5.º que qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento informado⁵⁴.

63. Em síntese, o paciente tem direito de recusar qualquer medicamento, procedimento ou tratamento, a despeito do seu propósito e não pode ser discriminado ou ter qualquer benefício ou cuidado negado em razão da sua recusa.⁵⁵ A Resolução nº 2.232, de 2019, ofende patentemente o direito de recusa do paciente na medida em que estabelece uma série de hipóteses de tratamento forçado, em que a recusa será completamente desconsiderada pelo médico. O desprezo pelo direito de recusa é inadmissível no atual momento da história do encontro clínico que é balizado pelo CCP e pela construção compartilhada de decisões, efetuada entre o profissional e o paciente mediante a TDC.

⁵¹ NATIONAL HEALTH SERVICE. Disponível em: <https://www.nhs.uk/common-health-questions/nhsservices-and-treatments/do-i-have-the-right-to-refuse-treatment/>. Acesso em: 20 set. 2019.

⁵² HELSINKI UNIVERSITY HOSPITAL. Patients' right to be informed. Disponível em: <https://www.hus.fi/en/patients/patients-rights/right-to-be-informed/Pages/default.aspx>. Acesso em 20 set. 2019.

⁵³ JOOSTEN, E.A.G. et al. Systematic Review of the Effects of Shared Decision-Making on Patient Satisfaction, Treatment Adherence and Health Status. *Psychother Psychosom* 2008; 77: 219-226.

⁵⁴ CONSELHO DE EUROPA. Convenção para a Proteção dos Direitos Do Homem e da Dignidade do Ser Humano Face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina. Disponível em: http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_protecao_dh_biomedicina.pdf. Acesso em 20 set. 2019.

⁵⁵ ANNAS, George J. *The rights of patients*. Nova Iorque: New York University, 2004.

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.

– VALERIE BILLINGHAM,

THROUGH THE PATIENT’S EYES,

SALZBURG SEMINAR

SESSION 356, 1998

5.3. Direito de não ser torturado nem submetido a outro tratamento cruel, desumano ou degradante e seu direito derivado: o direito de não ser submetido a tratamento ou procedimento forçado

64. Com relação ao direito de não ser torturado nem submetido a outro tratamento cruel, desumano ou degradante, contido no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela ONU em 1966, e na Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 1969, a sua aplicação no contexto dos cuidados em saúde é recente⁶⁵. Quanto à configuração de cada um desses tratamentos, algumas distinções devem ser apontadas. A configuração da tortura pressupõe quatro elementos: a) a infringência de dor severa ou sofrimento físico ou mental; b) intenção; c) propósito específico; d) envolvimento do Estado ou, no mínimo, sua aquiescência⁶⁶. Quando a prática não contiver um dos elementos constituintes da tortura, pode vir a ser caracterizada como tratamento, cruel, desumano ou degradante, na medida em que tal prescinde da intencionalidade ao se infligir a dor severa e o propósito específico⁶⁷. Quanto ao envolvimento do Estado, na tortura, esse não se configura apenas pela comissão, mas também pela omissão estatal em casos verificados em clínicas e hospitais⁶⁸. Desse modo, o tratamento do paciente pode ser desumano quando causar intenso sofrimento físico ou mental, bem como degradante, na hipótese de provocar no paciente angústia, medo, humilhação ou suprimir-lhe a capacidade de resistir a situação adversa⁶⁸.

65. O direito de não ser submetido à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes⁶⁹, é um direito absoluto dos pacientes; isso significa que não pode ser derogado em nenhuma situação. Singularmente, na esfera dos cuidados em saúde, não é tarefa fácil precisar o que seja um tratamento cruel, desumano ou degradante. Conforme Albuquerque⁶⁰, o tratamento desumano pode se dar quando há uma falha em prover cuidados em saúde, por meio da sua negativa ou da demora em fazê-lo, ou na sua supressão, quando o paciente vem recebendo

⁶⁶ MÉNDEZ, Juan E. *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*. Disponível em: <http://antitorture.org/wpcontent/uploads/2013/03/A.HRC.22.53.English.Thematic.Healthcare.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2019.

⁶⁷ EZER, Tamar; COHEN, Jonathan; QUINN, Ryan. The Problem of Torture in Health Care. In: CENTER FOR HUMAN RIGHTS & HUMANITARIAN LAW. *Torture in Healthcare Settings: Reflections on the Special Rapporteur on Torture’s 2013 Thematic Report*. Disponível em: http://antitorture.org/wpcontent/uploads/2014/03/PDF_Torture_in_Healthcare_Publication.pdf. Acesso em: 8 jul. 2019. ⁶⁸ EZER, Tamar; COHEN, Jonathan; QUINN, Ryan. The Problem of Torture in Health Care. In: CENTER FOR HUMAN RIGHTS & HUMANITARIAN LAW. *Torture in Healthcare Settings: Reflections on the Special Rapporteur on Torture’s 2013 Thematic Report*. Disponível em: http://antitorture.org/wpcontent/uploads/2014/03/PDF_Torture_in_Healthcare_Publication.pdf. Acesso em: 8 jul. 2019.

⁶⁸ ALBUQUERQUE, Aline. *Direitos Humanos dos Pacientes*. Curitiba: Juruá, 2016.

⁶⁹ Department for Constitutional Affairs. *A guide to the Human Rights Act 1998: Third Edition*. Disponível em: <<https://www.justice.gov.uk/downloads/human-rights/act-studyguide.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

⁶⁰ ALBUQUERQUE, Aline. *Direitos Humanos dos Pacientes*. Curitiba: Juruá, 2016.

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.

– VALERIE BILLINGHAM,

THROUGH THE PATIENT’S EYES,

SALZBURG SEMINAR

SESSION 356, 1998

determinado tratamento e esse é interrompido. O tratamento degradante pode ser caracterizado quando o paciente é internado em um hospital e é medicado de forma ultrajante, sem respeito às suas decisões, à sua higiene pessoal e ao seu direito de ir e vir, situação não incomum em hospitais psiquiátricos⁶¹.

66. Como regra, a submissão do paciente a cuidados em saúde sem seu consentimento se caracteriza como tratamento desumano ou degradante⁶². Com efeito, para Herring, com base nos direitos humanos, pode-se afirmar que qualquer procedimento em saúde compulsório é sempre degradante para o paciente⁴⁷.

67. Assim, no campo dos cuidados em saúde, algumas práticas podem ser enquadradas, a priori, como tratamento, cruel desumano e/ou degradante, como, por exemplo: a) tratamento sem o consentimento do paciente com capacidade decisional⁶³; b) esterilização forçada; c) exame médico forçado; c) prover serviços de saúde de qualidade inferior ou negá-los em bases discriminatórias; d) provisão de serviços de saúde de forma humilhante⁶⁴; e) falta de acesso a tratamento adequado de manejo da dor⁷⁶. Em síntese, em serviços de saúde, profissionais podem injustificada, discriminatória ou arbitrariamente retirar ou impor tratamentos, bem como infligir procedimentos que causem o sofrimento do paciente ou negar-lhe o alívio da dor⁶⁵.

68. Portanto, a Resolução nº 2.232, de 2019, ao forçar o paciente a tratamentos e procedimentos ofende seu direito de não ser submetido a tratamento, cruel, desumano ou degradante, em completo descompasso com a jurisprudência internacional e as recomendações de Associações e Entidades Médicas⁶⁶.

5.4. O direito à capacidade jurídica: o direito ao apoio para tomada de decisão em saúde

⁶¹ Department for Constitutional Affairs. *A guide to the Human Rights Act 1998*: Third Edition. Disponível em: <<https://www.justice.gov.uk/downloads/human-rights/act-studyguide.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

⁶² ALBUQUERQUE, Aline. *Direitos Humanos dos Pacientes*. Curitiba: Juruá, 2016. HERRING, Jonathan. *Medical Law and Ethics*. Oxford: Oxford Press, 2014.

⁶³ HERRING, Jonathan. *Medical law and ethics*. Oxford: Oxford, 2018.

⁶⁴ EZER, Tamar; COHEN, Jonathan; QUINN, Ryan. The Problem of Torture in Health Care. In: CENTER FOR HUMAN RIGHTS & HUMANITARIAN LAW. *Torture in Healthcare Settings: Reflections on the Special Rapporteur on Torture’s 2013 Thematic Report*. Disponível em: http://antitorture.org/wpcontent/uploads/2014/03/PDF_Torture_in_Healthcare_Publication.pdf. Acesso em: 8 jul. 2019. ⁷⁶ ES, Adriann Van. Prevention of Torture and Cruel or Inhuman and Degrading Treatment in Healthcare. In: KLOTZ, Sabine; BIELEFELDT, Heiner; SCHMIDHUBER, Martina; FREWER, Andreas (eds.) *Healthcare as Human Rights Issue*. Majuskel, 2017. p.263 – 290.

⁶⁵ HUMAN RIGHTS WATCH. *Abusing Patients Health Providers’ Complicity in Torture and Cruel, Inhuman or Degrading Treatment*. Disponível em: <https://www.hrw.org/world-report/2010/countrychapters/global>. Acesso em: 8 jul. 2019.

⁶⁶ ES, Adriann Van. Prevention of Torture and Cruel or Inhuman and Degrading Treatment in Healthcare. In: KLOTZ, Sabine; BIELEFELDT, Heiner; SCHMIDHUBER, Martina; FREWER, Andreas (eds.) *Healthcare as Human Rights Issue*. Majuskel, 2017. p.263 – 290.

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.
– VALERIE BILLINGHAM,
THROUGH THE PATIENT’S EYES,
SALZBURG SEMINAR
SESSION 356, 1998

69. O Código Civil dispõe que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil³⁵. Essa capacidade jurídica citada no Código Civil abarca a capacidade legal e a agência legal. A capacidade legal diz respeito ao reconhecimento da titularidade de direitos e a agência legal à faculdade de exercê-los. Assim, no âmbito dos direitos humanos, a compreensão da capacidade jurídica é feita baseada no Comentário Geral nº 1 do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁶⁷ que se dedica à interpretação do art. 12⁸⁰ da CDPD e no *QualityRights – Protecting the right to legal Capacity in mental health and related services*⁶⁸, produzido pela Organização Mundial da Saúde – OMS. A capacidade jurídica diz respeito ao reconhecimento da pessoa pela comunidade, à construção da sua identidade, bem como ao controle sobre a própria vida. Assim, é a capacidade que permite o exercício da autonomia pessoal e, por isso, é considerada um direito humano absoluto. Segundo o referencial dos direitos humanos, todas as pessoas são titulares de direitos e possuem livre agência para exercê-los, em condição de igualdade.⁶⁹

70. No Brasil, a agência legal ainda é entendida pelo campo jurídico⁸³ como a capacidade de fato, que diz respeito à prática pessoal dos próprios direitos. Isso significa que, embora uma pessoa possa ser legalmente capaz, poderá não exercer seus direitos de forma pessoal, dependendo, para tanto, de um representante, no caso de incapacidade absoluta, ou de um assistente, na hipótese de incapacidade relativa. O que se revela em descompasso com a CDPD e o direito à capacidade jurídica.

71. A capacidade decisional ou mental refere-se às habilidades necessárias para que o indivíduo possa tomar decisões acerca de sua própria vida. Assim, a capacidade decisional pode ser definida como a capacidade para tomada de decisões sobre a própria vida, o que envolve entendimento de informações relevantes que permitam decisão sobre determinada dimensão da vida, levando em conta possíveis consequências⁷⁰. Dessa forma, quando se diz que uma pessoa é incapaz, na verdade, não se está tratando da capacidade jurídica, mas sim de sua capacidade decisional. Dessa forma, inexistem sob a ótica das Ciências e da jurisprudência internacional classificações como “pessoa sem discernimento” ou

⁶⁷ COMMITTEE ON THE RIGHT OF PEOPLE WITH DISABILITIES. Article 12: Equal recognition before the law. Disponível em <https://www.un.org/development/desa/disabilities/conventiononthe>

⁶⁸ WHO. *QualityRights: Protecting the right to legal Capacity in mental health and related services*. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/254805/WHO-MSD-MHP17.5eng.pdf;jsessionid=7137EC4D057E39B6CEC4E7A96A2C2094?sequence=1> Acesso em 20 set 2019.

⁶⁹ ALBUQUERQUE, Aline. *Capacidade Jurídica e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2018

⁸³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de Teoria Geral do Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey; 2011.

⁷⁰ CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. NOTA TÉCNICA Nº 6/2019/GTEC/CG. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2019/08/Nota-T%C3%A9cnica-06.2019Avalia%C3%A7%C3%A3o-da-Capacidade-Decisional-de-PCDs.docx-1.pdf>. Acesso em 10 set.

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.

– VALERIE BILLINGHAM,

THROUGH THE PATIENT’S EYES,

SALZBURG SEMINAR

SESSION 356, 1998

“pessoa sem suas faculdades mentais”, esses são termos que devem ser suprimidos do léxico jurídico e médico na medida em que o conceito correto é capacidade decisional.

72. Importante destacar que a ONU⁷¹ e a OMS⁷² já têm se posicionado no sentido de que é discriminatório declarar uma pessoa sem capacidade decisional com base em sua deficiência⁷³, transtorno mental ou outra condição de saúde mental. Portanto, o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência estabelece o reconhecimento da capacidade jurídica universal, de modo que as dificuldades no exercício da capacidade decisional não podem servir de justificativa para declarar alguém incapaz. Assim, ainda que algumas pessoas, em determinado momento, apresentem uma inabilidade para decidir, serão consideradas capazes, podendo recorrer a apoios no processo de tomada de decisão. Se os apoios se revelarem insuficientes, a pessoa poderá indicar ou ter designado uma pessoa para decidir por ela com base na sua vontade e preferências.

73. Desse modo, atualmente, segundo o Comitê da ONU e uma série de documentos internacionais, todas as pessoas têm o direito de serem apoiadas na tomada de decisão sobre seus cuidados em saúde, não sendo a fragilidade em sua capacidade decisional motivo suficiente para afastar seu direito de decidir sobre a própria saúde. Os apoios para a tomada de decisão são adotados para que pacientes com inabilidades decisoriais possam decidir sobre a própria vida. A decisão substituta, que consiste em alguém decidir pelo paciente, como um curador, é o último recurso preconizado internacionalmente diante do respeito ao direito à capacidade jurídica e à autodeterminação do paciente. Caso o paciente não tenha capacidade decisional, como pacientes em coma ou em estado vegetativo persistente, há que se buscar sua diretiva antecipada e, em último caso, será hipótese de decisão substituta a ser tomada pelo curador. Dessa forma, há consenso internacional de que os pacientes têm *prima facie* capacidade decisional e em situações de fragilidade, eles têm direito aos apoios para a tomada de decisão⁷⁴.

74. Por derradeiro, registre-se que, no Brasil, mesmo pessoas curateladas parcialmente e consideradas incapazes, nos termos do art. 755 do Código de Processo Civil, podem deliberar sobre a sua própria saúde. Ainda, a Lei Brasileira de Inclusão estabelece que em caso de pessoa com deficiência em situação de curatela,

⁷¹ WHO Protecting the right to legal capacity in mental health and related services. Disponível em <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/254805/WHO-MSDMHP17.5eng.pdf;jsessionid=78CDE758B85B5121405A261B4FBAA386?sequence=1> Acesso em 03 ago 2019.

⁷² COMMITTEE ON THE RIGHT OF PEOPLE WITH DISABILITIES. Article 12: Equal recognition before the law. Disponível em <https://www.un.org/development/desa/disabilities/conventionontherights-of-persons-with-disabilities/article-12-equal-recognition-before-the-law.html> Acesso em 03 ago 2019.

⁷³ ALBUQUERQUE, Aline. *Capacidade Jurídica e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2018

⁷⁴ ALBUQUERQUE, Aline. *Capacidade Jurídica e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2018.

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.

– VALERIE BILLINGHAM,

THROUGH THE PATIENT’S EYES,

SALZBURG SEMINAR

SESSION 356, 1998

deve ser assegurada sua participação, no maior grau possível, para a obtenção de consentimento. Portanto, a incapacidade declarada judicialmente não tem o condão de afastar o direito do paciente de participar da tomada de decisão sobre seus cuidados em saúde e de tomar a decisão, em caso de curatela parcial. Dessa forma, a Resolução nº 2.232, de 2019, não se coaduna com a CDPD, com o CPC e com a Lei Brasileira de Inclusão, ao prever que pessoas “não lúcidas” ou sem “suas faculdades mentais” podem ser submetidas a tratamentos forçados.

7. Critérios para a restrição de direitos humanos aplicados à Resolução nº 2322, de 2019

75. Segundo a jurisprudência consolidada no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, determinados direitos humanos podem ser restringidos quando respeitados três critérios. Com efeito, a limitação do direito à privacidade e dos direitos correlatos, tal como o direito à autodeterminação não seja violador dos direitos humanos, há que se verificar sua consonância com os seguintes critérios: legalidade, legitimidade e proporcionalidade. Isso significa que a restrição de um direito humano deve ser estabelecida pela lei, em sentido formal e material; legitimidade, o que implica a observância da finalidade da restrição que deve ser a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem – estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros ou motivo de interesse geral; e, por fim, a proporcionalidade significa que a medida restritiva destina-se à realização do interesse geral e não há outra medida menos restritiva do ponto de vista dos direitos humanos que seja eficiente para se alcançar o mesmo objetivo⁷⁵.

76. Assim, quanto às condições de limitação dos direitos humanos, ressalte-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos assentou que qualquer restrição ou limitação de direitos humanos deve ser estabelecida em conformidade com o princípio da legalidade. Com efeito, a lei deve ser entendida em sentido formal e material. Observa-se a adoção dos critérios mencionados pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos

Artigo 30 - Alcance das restrições

⁷⁵ ALBUQUERQUE, Aline; BARROSO, Aléssia. *Curso de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.
– VALERIE BILLINGHAM,
THROUGH THE PATIENT’S EYES,
SALZBURG SEMINAR
SESSION 356, 1998

As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.

Declaração Universal de Direitos Humanos

Artigo 29.2: No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito aos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

75. Constata-se que no presente caso, tão somente lei, em sentido formal e material, poderia dispor sobre e restringir o direito do paciente de recusar tratamentos e procedimentos em saúde. Como exemplo, no Caso Konovalova v. Rússia, a Corte Europeia de Direitos Humanos estabelece que a restrição do direito à privacidade da paciente pressupõe uma lei nacional que proteja as pessoas de interferências arbitrárias em sua vida privadas⁷⁶. Assim, a Resolução nº 2.232, de 2019, que constitui normativa infralegal, não é o instrumento jurídico apto a restrição de direitos humanos e fundamentais dos pacientes, permitindo a ingerência arbitrária em sua privada e a adoção de medidas invasivas.

8. Violações de direitos de pacientes pertencentes a grupos vulneráveis

8.1. *Paciente Criança e Adolescente*

76. A CDC⁷⁷ previu, pela primeira vez no Direito Internacional dos Direitos Humanos, a criança, ou seja, a pessoa menor de 18 anos, enquanto sujeito de direitos, modificando a percepção tradicional segundo a qual as crianças seriam objeto de proteção e propriedade dos seus genitores.

77. Os direitos previstos na CDC são de observância obrigatória em todos os âmbitos da vida da criança. Nesse sentido, estendem-se para o campo dos cuidados em saúde no qual se destacam o direito de a criança ser tratada conforme suas capacidades evolutivas e o direito à participação em todos os assuntos que a afetam, respectivamente estipulados nos artigos 5º e 12 da CDC.

⁷⁶ International Justice Resource Center. Disponível em: <https://ijrcenter.org/2014/10/21/europeancourt-of-human-rights-finds-medical-students-observation-violated-patients-right-to-privacy-inkonovalova-v-russia/>. Acesso em: 23 set. 2019.

⁷⁷ ONU. Convenção sobre os Direitos da Criança. 1989. Disponível em https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm. Acesso em 17 set. 2019

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.
– VALERIE BILLINGHAM,
THROUGH THE PATIENT’S EYES,
SALZBURG SEMINAR
SESSION 356, 1998

78. Em síntese, as capacidades evolutivas correspondem ao reconhecimento da criança como um sujeito ativo em seu próprio desenvolvimento, conforme o desenrolar das suas habilidades. A ênfase é colocada na capacidade decisional da criança e não na idade como determinante ao exercício pessoal dos seus direitos humanos⁷⁸.

79. Dessa forma, a criança, sob a perspectiva dos direitos humanos e, mais especificamente dos direitos humanos dos pacientes, é reconhecida como a protagonista dos seus cuidados, sendo dotada de direitos compatíveis com a sua vulnerabilidade e o dever ético-jurídico de protegê-la. Ainda de acordo com esse referencial normativo, a capacidade para tomar decisões em saúde não está atrelada à idade, mas sim às habilidades necessárias para tanto. Por essa razão, uma das medidas que o Comitê para os Direitos da Criança exige dos Estados para a aplicação adequada do art. 12 da CDC, e por conseguinte do art. 5º, envolve a avaliação da capacidade da criança, ou seja, os Estados devem estabelecer práticas apropriadas para examinar as habilidades decisoriais das crianças nos mais variados contextos⁷⁹.

80. Isso significa que a criança, quando submetida aos cuidados em saúde, não poderá ser tratada como incapaz, devendo ser feita uma avaliação das suas habilidades decisoriais de modo a atender o comando dos arts. 5º e 12 da CDC que, aplicados ao contexto da saúde, lhe asseguram direito de ser ouvida, de ter sua percepção, vontade e preferências respeitadas, em suma, o direito de ser verdadeiramente envolvida nas deliberações acerca do plano terapêutico.

81. Assim, a proteção da criança deve ser feita de um modo que considere sua capacidade decisional e seus direitos humanos, principalmente aqueles que lhe conferem a possibilidade de adotar uma postura atuante nos seus cuidados, dentre os quais se destacam, para além do direito à participação, o direito à informação e à privacidade⁴. Resumidamente, o direito à informação está disposto no art.13 da CDC e, no âmbito dos cuidados em saúde, corresponde ao direito de receber as informações sobre o seu estado em uma linguagem apropriada.

82. A revelação das informações, além de promover a capacidade da criança para tomar decisões sobre cuidados em saúde, aumenta sua confiança nos profissionais envolvidos em seus cuidados e incrementa a qualidade do cuidado, diminuindo ansiedade e stress. O direito à privacidade, expressamente assegurado no art. 16 da CDC, quando aplicado aos cuidados em saúde, traduz-se, sinteticamente, no direito de consentir ou de recusar cuidados.

⁷⁸ Lansdown G. The evolving capacities of the child. UNICEF; 2005. Available from: <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/evolving-eng.pdf>

⁷⁹ ONU. General Comment No. 12. The right of the child to be heard. CRC/C/GC/12; 2009. ⁴ Eler K, Albuquerque A. Direitos humanos da paciente criança. Cad Ibero-Americanos Direito Sanitário. 2019; jan./mar.8(1):36–52.

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.
– VALERIE BILLINGHAM,
THROUGH THE PATIENT’S EYES,
SALZBURG SEMINAR
SESSION 356, 1998

83. A tomada de decisão da criança acerca dos seus cuidados em saúde, como mencionado, é expressão do respeito das suas capacidades evolutivas e corresponde ao nível mais elevado do seu direito humano à participação⁸⁰, demandando uma avaliação das suas habilidades decisórias. Portanto, as habilidades decisórias da criança não podem ser ignoradas pelo médico durante o processo de tomada de decisão, antes lhe deve ser assegurada a assunção gradual do direito de exercer seu poder decisório conforme o desenvolvimento das suas habilidades.

84. O Instrumento de Avaliação de Competências MacArthur – MacCAT, teste que apresenta a maior fundamentação empírica e nível de aplicação reiterada confiável, é considerado uma ferramenta viável para avaliar a capacidade decisória da criança⁸¹. Segundo esse teste, quatro habilidades afiguram-se imprescindíveis, quais sejam: a) entendimento; b) apreciação; c) raciocínio; d) expressão da escolha. A partir da aplicação do MacCAT, estudos indicaram que crianças maiores de 12 anos já possuem as habilidades necessárias para tomar decisões médicas, sendo que, a partir dos 14, 15 anos, a capacidade de tomar decisões informadas é comparável à dos adultos⁹⁶.

85. A consideração pela capacidade decisória da criança no contexto da saúde corresponde a um avanço para tratar as especificidades do seu cuidado terapêutico. Nessa perspectiva, o Comitê para os Direitos da Criança⁸² expressamente adverte que os Estados não devem partir da premissa de que a criança é incapaz de expressar seu ponto de vista, antes devem pressupor que ela tem capacidade para formar suas próprias opiniões. Acrescenta-se, ainda, que embora o Comitê considere positivo o estabelecimento de uma idade mínima legal para o consentimento informado da criança, ressalta que quando uma criança com a idade inferior à fixada demonstrar que tem capacidade para expressar uma opinião com conhecimento de causa sobre o seu tratamento, essa opinião deve ser considerada.

86. Em direção oposta às disposições da CDC, das orientações do Comitê para os Direitos da Criança e das pesquisas sobre capacidade decisória, a criança, na forma como dispõe os arts. 3º e 4º da Resolução nº 2.232, de 2019 encontra-se sujeita a condutas paternalistas e autoritárias do médico que, não obstante sua capacidade decisória e, ainda, independentemente da decisão dos seus genitores ou responsáveis, poderá se sobrepor à sua decisão.

⁸⁰ ONU. General Comment No. 12. The right of the child to be heard. CRC/C/GC/12; 2009

⁸¹ Michaud P, D M, Blum RW, Ph D, Benaroyo L, Ph D, et al. Assessing an Adolescent’s Capacity for Autonomous Decision-Making in Clinical Care. J Adolesc Heal. Elsevier Inc.; 2015;57(4):361– 6. ⁹⁶ Grootens-wiegers P, Hein IM, Broek JM Van Den, Vries MC De. Medical decision-making in children and adolescents: developmental and neuroscientific aspects. BMC Pediatrics; 2017;1– 10.

⁸² ONU. General Comment No. 12. The right of the child to be heard. CRC/C/GC/12; 2009

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.

– VALERIE BILLINGHAM,

THROUGH THE PATIENT’S EYES,

SALZBURG SEMINAR

SESSION 356, 1998

87. A Resolução nº 2.232, de 2019 coloca a criança na posição de mero objeto de tratamento do médico e desconsidera a avaliação das suas habilidades decisórias no que diz respeito à recusa terapêutica. Dessa forma, introduz, no ordenamento jurídico brasileiro, um tratamento acrítico das crianças como doentes que necessitam de cuidado total e que são incapazes de compreender ou de aceitar a sua condição, furtando delas a oportunidade de desenvolverem as habilidades necessárias para um agir autônomo.

88. A norma viola frontalmente o direito de a criança recusar cuidados e igualmente ignora a autoridade parental, pois, em nenhum momento considera que a criança pode deter capacidade decisória, além de retirar dos genitores ou responsáveis a possibilidade de participação nas decisões referentes aos cuidados dos filhos.

89. Não é aceitável que os profissionais de saúde continuem tratando a criança como incapaz, desconsiderando as obrigações oriundas das normas de direitos humanos que lhe concedem a faculdade de participar ativamente dos seus cuidados. O envolvimento da criança em cada etapa dos seus cuidados, além de ser um direito humano, é essencial para respeitar suas particularidades; para diminuir a assimetria da relação de cuidado e para alcançar resultados satisfatórios no tratamento dispensado ^{83,99,84}.

90. Diante disso, considerando que o Brasil ratificou e promulgou a CDC, a Resolução nº 2.232, de 2019, cujo caráter é meramente de natureza ético administrativa, revela-se incompatível com as normas citadas que são hierarquicamente superiores.

91. Em relação à recusa terapêutica, necessário distinguir a rejeição a determinado tratamento, que se refere apenas a um tratamento em particular (recusa de consentimento); e a rejeição a qualquer tratamento quando a criança decide não se submeter a nenhuma das opções de cuidado disponíveis.

92. Essa distinção tem sido realizada por estudiosos¹⁰¹ do Direito britânico em que se adota o modelo da competência Gillick, segundo o qual os menores de 16 anos podem tomar decisões em saúde se demonstrarem as habilidades decisórias necessárias. Em relação aos maiores de 16 e 17 anos, não se investiga a

⁸³ Coyne I, Dp OM, Gibson F, Shields L, Leclercq E, Sheaf G. Interventions for promoting participation in shared decision-making for children with cancer (Review). *Cochrane Database Syst Rev.* 2016;(11).

⁹⁹ Ruhe KM, Wangmo T, Badarau DO, Elger BS, Niggli F. Decision-making capacity of children and adolescents — suggestions for advancing the concept’s implementation in pediatric healthcare. *Eur J Pediatr.* 2015 Jun;174(6):775-82.

⁸⁴ Coyne I, Amory A, Kiernan G, Gibson F. Children’s participation in shared decision-making: Children, adolescents, parents and healthcare professionals’ perspectives and experiences. *Eur J Oncol Nurs.* Elsevier Ltd; 2014;18(3):273–80. ¹⁰¹ Gilmore S, Herring J. “No” is the hardest word: consent and children’s autonomy. *Child Fam.* 2011;23(1):3–25.

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.

– VALERIE BILLINGHAM,

THROUGH THE PATIENT’S EYES,

SALZBURG SEMINAR

SESSION 356, 1998

competência Gillick, pois presumem-se legalmente capazes, salvo se o contrário for demonstrando.

93. A distinção proposta não está presente na Resolução nº 2.232, de 2019, mas revela-se importante, pois diferentes habilidades decisoriais são exigidas para cada caso, tendo em vista que a recusa de consentimento e a de tratamento implicam ponderações variadas e de distintas complexidades. A recusa a todos os tipos de tratamento ou ao único tratamento existente exige compreensão mais completa de todas as consequências negativas para a saúde, devendo a criança, em resumo, demonstrar que tem ciência das implicações envolvidas neste ato.

94. Em virtude do dever de proteção da criança imposto pela CDC, quando o resultado da decisão lhe trazer algum dano ou importar em risco maior do que é considerado normal, deve ser exigido uma demonstração mais contundente da habilidade para decidir. Ressalta-se, contudo, que a não observância dos desejos expressos da criança só será possível se, primeiro, restar demonstrado que ela não detém as habilidades necessárias para tomar uma decisão e, segundo, se os riscos associados à sua escolha se revelarem contrários aos seus melhores interesses, princípio geral que norteia a interpretação de todos os direitos previstos na CDC⁸⁵. Portanto, uma vez presentes as habilidades decisoriais para recusa, a princípio, sua decisão irá prevalecer.

95. Reconhece-se a existência de situações complexas, por exemplo, aquelas envolvendo crianças com depressão, anorexia, transtorno mental, dentre outras; nas quais, a despeito de se verificar a presença de habilidades decisoriais, a consideração dos melhores interesses da criança pode vir a impor que sua recusa quanto ao tratamento proposto seja desprezada. Esses casos, dada à especificidade que carregam, demandam uma análise casuística.

96. O art.3º da Resolução nº 2.232, de 2019 ignora completamente todas as questões apresentadas conferindo ao médico o poder de suplantar a recusa terapêutica externada pela criança “em situações de risco relevante à saúde”, que não são definidas claramente, sendo isso realizado independentemente de estarem representados ou assistidos por terceiros. Nota-se que o médico se torna o único decisor acerca do cuidado que será dispensado à criança.

97. Por fim, de forma mais espantosa ainda, a Resolução nº 2.232, de 2019, no art.4º, não aceita que o representante legal, o assistente legal ou familiares do paciente menor venham a discordar do médico quanto terapêutica proposta, pois, ocorrendo tal situação, o médico deverá comunicar o fato às autoridades competentes.

⁸⁵ ONU. General comment No. 14 On the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1). CRC/C/GC/14; 2013.

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.

– VALERIE BILLINGHAM,

THROUGH THE PATIENT’S EYES,

SALZBURG SEMINAR

SESSION 356, 1998

98. Em primeiro lugar, o dispositivo deixa implícito que não existe a possibilidade da criança discordar do tratamento apresentado pelo médico, o que denota, mais uma vez, que o CFM não considera a criança sujeito de direitos específicos no campo dos cuidados em saúde e, igualmente, não vislumbra o exercício da sua c

99. Além de colocar a criança na posição de objeto de tratamento, o art. 4º viola a autoridade parental assegurada pela Constituição, pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A norma contraria também a abordagem relacional de cuidado⁸⁶ que, de modo geral, concebe a enfermidade, não como um fato isolado, mas um evento que transforma a dinâmica da família. As decisões sobre cuidados em saúde não são simplesmente decisões individuais; elas afetam os outros e são, dessa forma, eventos interpessoais ou familiares. A perspectiva dos representantes, assistentes ou familiares não pode ser simplesmente ignorada pelo médico, pois essas pessoas serão as responsáveis pelo cuidado da criança.

100. Embora seja importante proteger a criança de abusos flagrantes, a introdução de atores como o Ministério Público, a Polícia e o Conselho tutelar tão somente em razão da discordância com o médico, irá maximizar o conflito e poderá gerar prejuízos para a criança, contrariando o seu melhor interesse, de modo distinto ao que prescreve a Resolução nº 2.232, de 2019.

101. Por fim, ressalta-se que, consoante o Comitê para os Direitos da Criança⁸⁷, a aplicação correta do Princípio do Melhor Interesse, previsto no art.3º da CDC, demanda o respeito ao art.12 da CDC, ou seja, a perspectiva da criança há que ser utilizada como um dos instrumentos para determinar seu melhor interesse. No entanto, em momento algum, a Resolução nº 2.232, de 2019 destaca a importância da perspectiva da criança quanto ao seu próprio bem-estar.

8.2. *Paciente idoso*

102. O artigo 10 do Estatuto do Idoso dispõe ser dever do Estado e da sociedade, “assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.”⁸⁸ A norma prescreve de forma clara o dever de garantir-se o respeito à dignidade e aos direitos humanos da pessoa idosa.

⁸⁶ Ho A. Relational autonomy or undue pressure? Family’s role in medical decision making. Scand J Caring Sci. 2008;22:128–35.

⁸⁷ ONU. General Comment No. 12. The right of the child to be heard. CRC/C/GC/12; 2009. ONU. General comment No. 14 On the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)

⁸⁸ BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Diário Oficial da União, 2003. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/10.741.htm Acesso em 19 de set 2019. ² De Oliveira, A. A. S. (2009). Interface entre bioética e direitos humanos: o conceito ontológico de dignidade humana e seus desdobramentos. Revista Bioética; 2009, 15(2): 170-185. p. 179 ³ DE OLIVEIRA MACHADO, Isis Layne; ALBUQUERQUE, Aline. Papel do Estado quanto à vulnerabilidade e proteção de adultos com

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.
– VALERIE BILLINGHAM,
THROUGH THE PATIENT’S EYES,
SALZBURG SEMINAR
SESSION 356, 1998

103. Nesse contexto, é importante ressaltar que dentre os possíveis desdobramentos da compreensão acerca da dignidade encontra-se o respeito à autonomia, que é elemento central para o tema inerente ao cuidado em saúde. A autonomia alicerça-se no direito à igualdade de reconhecimento perante a lei, bem como no respeito à privacidade³, que deve ser compreendida em seu amplo aspecto, envolvendo o respeito e reconhecimento da dimensão física, psicológica, espiritual e social do indivíduo. Pessoas idosas frequentemente são vítimas de preconceitos e estigmatização em razão de sua idade, sendo, por vezes, taxadas como pessoas frágeis e que não detêm discernimento para a tomada de decisões. Com efeito, no âmbito do cuidado em saúde, pessoas idosas constantemente passam por situações de menosprezo à sua autodeterminação, ensejando cuidados superficiais, acrescidos de posturas paternalistas que pouco levam em conta suas reais vontades e decisões, comprometendo o exercício de sua autonomia em decisões inerentes a seu cuidado em saúde.⁸⁹

104. No cenário internacional, a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos⁹⁰ trata da dignidade, da independência, do protagonismo e da autonomia do idoso como princípios centrais para promoção de uma vida digna. O documento versa, ainda, sobre a importância em respeitar a autonomia do idoso na tomada de decisões, assim como a promoção de sua independência na realização de seus atos.

105. Em contrapartida a tais previsões, as disposições contidas na Resolução nº 2.232, de 2019, especialmente as contidas nos arts. 7º e 8º, violam o direito à autodeterminação das pessoas idosas, pois estabelecem como direito do médico utilizar-se da objeção de consciência para abster-se do atendimento a pacientes que optam pela recusa terapêutica, podendo inclusive deixar de praticar atos terapêuticos que, mesmo permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência. Esse entendimento fere frontalmente as legislações nacionais e normativas de âmbito internacional inerente aos idosos, às quais o Brasil figura como signatário. Permitir que o profissional da saúde deixe de prestar atendimento a pacientes que, por convicções próprias manifestem a recusa ao tratamento disponível, fere o direito à autodeterminação e, por conseguinte, à autonomia de tais pacientes. Em última instância, ofende também a dignidade de tais pacientes. É, portanto, patente a violação do direito constitucionalmente garantido de obtenção de saúde com qualidade e livre de discriminações de qualquer espécie.

deficiência intelectual. CADERNOS IBEROAMERICANOS DE DIREITO SANITÁRIO, v. 8, n. 1, p. 65-79, 2019.

⁸⁹ PARANHOS, D., ALBUQUERQUE, A. (2018). A autonomia do paciente idoso no contexto dos cuidados em saúde e seu aspecto relacional. *Revista De Direito Sanitário*, 19(1), 32-49. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v19i1p32-49>

⁹⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos, de 15 de junho de 2015. Disponível em:

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.

– VALERIE BILLINGHAM,

THROUGH THE PATIENT’S EYES,

SALZBURG SEMINAR

SESSION 356, 1998

106. Da mesma forma, o art. 11º da Resolução nº 2.232, de 2019, ao dispor que em situações de urgência e emergência o médico deverá adotar todas as medidas necessárias para preservar a vida do paciente, independentemente da recusa terapêutica, constitui mais um exemplo de violação do direito à autodeterminação, do direito à recusa e do direito de não ser submetido a tratamento forçado. A normativa retira do paciente o direito de escolha de tratamento pautado em suas livres convicções, na medida em que sua manifestação negativa quanto ao procedimento terapêutico pode simplesmente ser desconsiderada pelo profissional da saúde no momento da prestação de cuidado. É importante destacar que pacientes idosos estão mais propensos ao desenvolvimento de doenças crônicas, que podem afetar significativamente sua capacidade de cognição para a tomada de decisões a respeito de sua vida e procedimentos terapêuticos a que pretende se submeter. A depender do nível de perda das capacidades físicas ou cognitivas, as pessoas idosas podem necessitar de cuidados de terceiros, que lhes auxiliarão no processo de tomada de decisões. No entanto, a dependência não deve ser considerada como perda de autonomia de tal pessoa, sendo necessário avaliar, de modo quantitativo e qualitativo, a sua capacidade decisional.⁹¹ Assim, a idade e a necessidade de auxílio de terceiros não devem constituir barreira ao exercício da autonomia da pessoa idosa.

107. O papel do Estado enquanto garantidor de direitos e proteção a grupos vulneráveis, como é o caso de pessoas idosas⁹, deve ser no sentido de promover a autonomia de tais pessoas, abstendo-se de limitar o exercício desta, pois caso contrário estará violando os direitos fundamentais de tal grupo. Com isso, diante da negativa terapêutica do paciente idoso em submeter-se a determinado tratamento, o médico deve abster-se de utilizar suas convicções individuais para limitar ou impor tratamento a pacientes, respeitando a dignidade e autonomia destes.

7.3. *Paciente mulher*

108. Embora os primeiros artigos da Resolução nº 2.232, de 2019, estabeleçam a recusa terapêutica como sendo um “direito do paciente a ser respeitado pelo médico, desde que esse o informe dos riscos e das consequências previsíveis de sua decisão”, e preveja ainda que “É assegurado ao paciente maior de idade, capaz, lúcido, orientado e consciente, no momento da decisão, o direito de recusa à terapêutica proposta em tratamento eletivo”, tal condição não engloba mulheres que estejam gestantes. Isso porque a Resolução citada apresenta uma série de restrições a esse direito, ao ponto de, no ar. 5º, estabelecer um paralelo descabido entre recusa terapêutica e abuso de direito. E então, em seu § 2º dispõe que “A recusa terapêutica manifestada por gestante deve ser analisada na perspectiva do binômio mãe/feto, podendo o ato de vontade da mãe caracterizar abuso de direito dela em relação ao feto”.

⁹¹ DE ABREU, Izabella Dutra; FORLENZA, Orestes Vicente; DE BARROS, Hélio Luar. Demência de Alzheimer: correlação entre memória e autonomia. *Archives of Clinical Psychiatry*, v. 32, n. 3, p. 131136, 2005.

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.

– VALERIE BILLINGHAM,

THROUGH THE PATIENT’S EYES,

SALZBURG SEMINAR

SESSION 356, 1998

109. A Resolução nº 2.232, de 2019 abre uma janela para que a vontade e as preferências da mulher sejam anuladas diante da relação médico-paciente, podendo a recusa terapêutica manifestada pela gestante caracterizar-se como abuso de direito. Neste caso, o profissional médico pode sobrepor sua vontade à da gestante e executar a conduta que julgar necessário, não necessitando de seu consentimento, uma vez que entenda que o feto pode ser afetado de alguma maneira. Violando o direito à autonomia e à autodeterminação da paciente, ao atribuir ao feto direitos e proteções superiores aos da mulher, o CFM atenta também contra a dignidade humana.

110. Além de reduzir a mulher à condição de gestante/mãe, o texto do documento a desconsidera enquanto paciente. Desse modo, constata-se que a presente Resolução vem ao encontro da Resolução nº 293, de 6 de fevereiro de 2019, do Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro, que também viola o direito à autodeterminação das mulheres⁹² e do Processo-Consulta CFM nº 22/2018 – Parecer CFM nº 32/2018, que descreve a expressão “violência obstétrica” como uma agressão à medicina, propondo simplesmente a abolição do termo, sem nenhuma reflexão ou proposta sobre os motivos de sua utilização⁹³. Assim, os Conselhos de Medicina negam a soberania da mulher em seus cuidados em saúde e não incorporam o CCP, preconizado por Associações e Conselhos Médicos de inúmeros países.

111. O teor da Resolução nº 2.232, de 2019 causa ainda mais preocupação tendo em vista o cenário de assistência à gestação e ao parto no Brasil atualmente. É sabido que o país ocupa o segundo lugar no mundo em número de cesarianas, com um percentual médio de 57%5, que chega a 84% na rede privada. Além da discrepância alarmante ante aos 15% recomendados pela OMS, o uso indiscriminado do procedimento não representa melhoria nos indicadores de assistência ao parto, como diminuição da mortalidade materna e neonatal⁹⁴.

112. Embora na prática clínica já sejam adotados corriqueiramente procedimentos contraindicados pela OMS sem o devido consentimento da mulher, a Resolução nº 2.232, de 2019 abre precedentes formais para que isso permaneça acontecendo. Em tese, técnicas altamente dolorosas, invasivas e sem respaldo científico como a episiotomia poderão ser feitos mesmo com recusa expressa por parte da gestante – caso o profissional alegue ser importante para a o “binômio mãe/feto”.

⁹² CREMERJ. RESOLUÇÃO CREMERJ nº 293/2019. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/RJ/2019/293_2019.pdf . Acesso em 20 set. 2019.

⁹³ CFM. PROCESSO-CONSULTA CFM nº 22/2018 – PARECER CFM nº 32/2018. Disponível em: Acesso em 20 set. 2019.

⁹⁴ SENADO FEDERAL. Especialistas apontam epidemia de cesarianas no Brasil. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/especialistas-apontam-epidemiade-cesarianas/especialistas-apontam-epidemia-de-cesarianas>. Acesso em 20 set. 2019.

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.

– VALERIE BILLINGHAM,

THROUGH THE PATIENT’S EYES,

SALZBURG SEMINAR

SESSION 356, 1998

113. A Resolução nº 2.232, de 2019, prevê ainda que, caso o profissional rejeite a recusa terapêutica, deverá haver registro e providências “perante as autoridades competentes, visando assegurar o tratamento proposto”. A adoção de tais medidas remota ao emblemático “caso Adelir”, ocorrido em 2014 no Rio Grande do Sul⁶, quando uma mulher foi levada por escolta policial ao hospital e submetida/obrigada a uma cesárea contra a sua vontade. Mesmo após exigir de Adelir assinatura de um termo de responsabilidade, os profissionais responsáveis acionaram a justiça para garantir que fosse adotada a conduta escolhida por eles e, ao realizar o procedimento, impediram a permanência de seu marido no local – infringindo a lei do acompanhante, em vigor desde 2005⁹⁵.

114. A Resolução nº 2.232, de 2019 também importa em violação à Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, incorporada ao ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002, com status de supralegalidade. O artigo 12 do referido documento internacional prevê que os Estados- Partes adotarão medidas para eliminar a discriminação contra as mulheres na esfera dos cuidados médicos, devendo assegurar-lhes igualdade no acesso a serviços médicos. Importa ressaltar que a não discriminação e a igualdade se integram ao respeito ao direito à autodeterminação da paciente.

9. Direito do Paciente em Fim de Vida – Luciana Dadalto

115. A Resolução nº 2.232, de 2019 viola frontalmente os direitos dos pacientes em fim de vida: aqueles que possuem uma doença grave, incurável e estão em um estado clínico de irreversibilidade ou terminalidade. Isso porque o artigo 11 da referida resolução permite que o médico não cumpra a recusa terapêutica “em situações de urgência e emergência que caracterizarem iminente perigo de morte”. Ora, ao permitir o descumprimento da vontade do paciente nessas situações, o Conselho Federal de Medicina cria uma absurda situação fática: a de que um paciente em fim de vida que esteja em situações de urgência e emergência que caracterizem iminente risco de morte seja ceifado de seu direito à recusa terapêutica, recusa esta que tem como exclusiva finalidade o não prolongamento artificial da doença.

116. Essa situação configura a prática de obstinação terapêutica, também conhecida como distanásia, que é uma prática inconstitucional pois configura tortura; ilícita, pois contrária à vontade do paciente e antiética, pois viola os artigos 31, 35 e 41 do Código de Ética Médica.

117. Verifica-se, assim, que o Conselho Federal de Medicina ignorou o fato de que o indivíduo é o centro do ordenamento jurídico e, portanto, a dignidade no morrer deve

⁹⁵ BBC. Polêmica no RS: A cesárea era mesmo a única opção? Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/04/140404_cesarea_debate_pai_rb. Acesso em 20 set. 2019.

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.

– VALERIE BILLINGHAM,

THROUGH THE PATIENT’S EYES,

SALZBURG SEMINAR

SESSION 356, 1998

ser perseguida pelo médico, assim como já se persegue a dignidade no nascer e no viver.

118. É certo, contudo, entender que a dignidade é fundamento da República Federativa do Brasil não significa defender a autonomia individual a todo o custo. Muito antes pelo contrário, significa entender que a autonomia individual deve se conformar à autonomia pública⁹⁶, de modo que o agir individual seja limitado por leis coercitivas. Como afirma Junger Habermas "de um lado, o sistema de direito conduz ao arbítrio dos interesses dos sujeitos singulares que se orientam pelo sucesso para os trilhos de leis cogentes, que tornam compatíveis iguais liberdades subjetivas de ação; de outro lado, esse sistema mobiliza e reúne as liberdades comunicativas de civis, presumivelmente pelo bem comum, na prática da legislação."⁹⁷ Stefano Rodotà⁹⁸ entende que há um espaço decisório próprio do indivíduo, atrelado às decisões afetas à sua personalidade. É o que ele chama de espaço *indecibile per il legislatore*, ou seja, um espaço, delimitado pelo constituinte, para o exercício da autonomia privada do indivíduo.

119. Nesse contexto, não há qualquer dano à terceiros ou à coletividade com a recusa terapêutica do paciente – esteja ou não esteja ou não este é fim de vida, razão pela qual a Resolução nº 2.232, de 2019 é claramente inconstitucional.

120. Poder-se-ia questionar acerca da “inviolabilidade do direito à vida”, inscrita no artigo 5º da Constituição Federal para, eventualmente, reconhecer a legitimidade – e até mesmo a obrigatoriedade – das práticas de obstinação terapêutica. Contudo, o direito à vida, que é inviolável, deve-se conformar com a dignidade humana. Ou seja, a vida inviolável é aquela que se amolda à autonomia individual do sujeito de direitos, sendo impossível, *de per se*, um conceito estático acerca deste direito. Szatjn afirma que “a inviolabilidade da vida tem a ver com terceiros, cuja ação contra a vida alheia é coibida, mas não se poder ler o texto constitucional de forma a proibir que qualquer pessoa decida sobre a duração de sua vida”⁹⁹.

121. Tendo em vista que o Estado Democrático de Direito é marcado “pela articulação do poder político legitimado pelo povo com a limitação do poder estatal”¹⁰⁰, o indivíduo torna-se partícipe da Constituição, cujo finalidade é proteger os interesses coletivos e as liberdades individuais, permitindo a coexistência de diferentes projetos

⁹⁶ HABERMAS, Junger. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. 1, 2 ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 113- 168.

⁹⁷ HABERMAS, Junger. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. 1, 2 ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 167.

⁹⁸ RODOTÀ, Stefano. *Politici, liberateci dalla vostra coscienza*. Disponível em: <<http://daleggere.wordpress.com/2008/01/13/stefano-rodota-%C2%ABpolitici-liberateci-dalla-vostracoscienza%C2%BB/>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

⁹⁹ SZTAJN, Raquel. **Autonomia privada e direito de morrer: eutanásia e suicídio assistido**. São Paulo: Cultural Paulista – Universidade da Cidade de São Paulo, 2002, p.156.

¹⁰⁰ Op Cit., p.103.

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.

– VALERIE BILLINGHAM,

THROUGH THE PATIENT’S EYES,

SALZBURG SEMINAR

SESSION 356, 1998

de vida nas sociedades plurais.¹⁰¹ Fica claro que a posição do Conselho Federal de Medicina na Resolução nº 2.232, de 2019 remonta aos primórdios da medicina, quando imperava o paternalismo médico e a objetificação do paciente. É preciso entender que o paradigma da Medicina atual é centrado no paciente, que “saber desistir é um dom que os médicos devem assimilar, para humanizar, em certas circunstâncias, suas escolhas terapêuticas”¹⁰². É preciso entender que a morte é um fato natural e que o médico não é o designado por uma divindade para evitar que ela aconteça e sim um profissional capacitado para possibilitar que o fato natural aconteça de forma menos prejudicial ao paciente, segundo a vontade do sujeito, e não segundo à conveniência paternalista do médico.

10.A análise dos dispositivos da Resolução nº 2.232, de 2019 com base nos direitos humanos e fundamentais dos pacientes

115. Enquanto argumento preliminar, verifica-se que a Resolução nº 2.232, de 2019, viola o princípio constitucional da legalidade, considerando que o CFM extrapolou sua competência normativa ao dispor sobre direitos dos pacientes, bem como um dos critérios fixados pela jurisprudência na esfera do Direito Internacional dos Direitos Humanos, qual seja, a legalidade, isto é, apenas lei, em sentido formal e material, pode restringir os direitos humanos e fundamentais dos pacientes.

116. Ademais, variados artigos da Resolução nº 2.232, de 2019 violam os direitos dos pacientes tais como, o direito à privacidade, o direito de não ser torturado nem submetido a outro tratamento cruel, desumano ou degradante, e o direito à capacidade jurídica, que se encontram previstos na Constituição Federal de 1988 e nos tratados internacionais e interamericanos de direitos humanos, bem como os direitos corolários: direito à autodeterminação, direito ao consentimento informado, direito à recusa a tratamentos e procedimentos em saúde, direito à informação e o direito de não ser submetido a tratamentos e procedimentos forçados, e o direito à capacidade jurídica.

8.1. Abuso de Direito na Resolução nº 2.232, de 2019

117. Previamente ao exame de cada um dos artigos, cabe tratar da teoria do abuso de direito. Segundo o Dicionário Jurídico da PUC de São Paulo, o abuso de direito implica a ideia de que o titular do direito o exerce abusivamente, ou seja, ele atua “dentro dos limites objetivos da norma, porém, desviando-se dos fins econômicos e sociais perseguidos pela regra legal”¹⁰³. Exemplo clássico do abuso do direito de propriedade seria quando seu exercício se dá em dissonância com a sua função

¹⁰¹ HABERMAS, Jünger. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p.103.

¹⁰² BOBBIO, Marco. *O Doente imaginado*. São Paulo: Bamboo, 2016, p.217.

¹⁰³ SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. *Abuso do Direito*. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/167/edicao-1/abuso-do-direito>. Acesso em: 23 set. 2019.

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.

– VALERIE BILLINGHAM,

THROUGH THE PATIENT’S EYES,

SALZBURG SEMINAR

SESSION 356, 1998

social, outro seria no direito societário, quando a deliberação de um dos sócios não almeja o fim social, mas sim prejudicar outro sócio. Desse modo, o abuso de direito ocorre quando “o exercício de determinada posição jurídica, apesar de aparentemente legítima, afasta-se da realização dos interesses pessoais do agente que foram o objetivo da norma que o confere, ocasionando prejuízo a outrem”¹⁰⁴.

118. Segundo Chaves e Rosenvald, o abuso de direito se verifica quando a finalidade ou a função do social atrelada ao direito é desconsiderada pelo seu titular, assim, “todos os direitos subjetivos devem permanecer no plano da função a que correspondem”¹⁰⁵. Os autores apontam a grande dificuldade em determinar qual seria o elemento jurídico que justifique determinar que o titular do direito está atuando em dissonância com a sua finalidade ou função social. Em suma, o abuso de direito é caracterizado quando o titular ultrapassa “os limites da boa-fé, dos bons costumes e da função social e econômica”¹⁰⁶.

119. O artigo 187 do Código Civil assim prevê: “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”. Dessa forma, conforme o ordenamento jurídico pátrio, o abuso do direito é um ato ilícito, logo, a prática do abuso de direito enseja para o titular do direito “sanções civis, por ingressar no plano da antijuridicidade”.¹⁰⁷

120. A Resolução nº 2.232, de 2019, ao prever que o paciente abusa de seu direito, em verdade, estabelece hipóteses de ato ilícito cuja prática se encontraria, segundo a Resolução, eivada de ausência de boa-fé, porquanto “em todos os atos geralmente apontados como abusivos estará presente uma violação ao dever de agir de acordo com os padrões de lealdade e confiança”¹⁰⁸. Dessa forma, constata-se que descabe à Resolução, ato normativo infralegal, estabelecer hipótese jurídica de ato ilícito. Essa previsão infringe frontalmente o princípio da legalidade.

121. Além disso, quanto aos atos enumerados como abusos de direito: a) recusa terapêutica que coloque em risco a saúde de terceiros; b) recusa terapêutica ao tratamento de doença transmissível ou de qualquer outra condição semelhante que exponha a população a risco de contaminação, sublinha-se que esses não consistem em violação à finalidade do direito à autodeterminação e ao direito de recusar tratamentos e procedimentos ou à sua função social, qual seja a de manutenção do

¹⁰⁴ DUARTE, Ronnie Preuss. *Boa fé e Abuso do Direito no Novo Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/viewFile/7280/4941>. Acesso em: 20 set. 2019.

¹⁰⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 764.

¹⁰⁶ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 766.

¹⁰⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 764.

¹⁰⁸ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 767.

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.

– VALERIE BILLINGHAM,

THROUGH THE PATIENT'S EYES,

SALZBURG SEMINAR

SESSION 356, 1998

Estado Democrático de Direito ao delimitar o poder de ingerência do Estado na vida privada e na integridade corporal da pessoa. Há amplo consenso internacional no sentido de que o paciente não pode ser forçado a se tratar em nenhuma hipótese, mesmo quando coloque em risco outra pessoa ou exponha a população a risco de contaminação.

122. Sendo assim, caso a pessoa que recuse o tratamento o procedimento coloque terceiro em risco poderá ter sua conduta investigada criminalmente e, eventualmente, denunciada pelos crimes previstos no Capítulo III – Da periclitación da vida e da saúde do Código Penal. Consequentemente, em nenhuma situação o paciente pode ser obrigado a se tratar, mesmo quando sua negativa implique risco para a saúde de terceiro. Hodiernamente, tão somente discute-se, a adequação às normativas de direitos humanos o tratamento forçado em casos em que o paciente coloca sua própria vida em risco¹⁰⁹.

123. Para ilustrar, nos casos de pessoas que fazem uso problemático de álcool e outras drogas, documento elaborado pela OMS, em conjunto com o Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crime, em 2008, estabelece que qualquer procedimento médico não deve ser forçado ao paciente, apenas em excepcional situação de crise que coloque em risco a si mesmo e a outros, o tratamento compulsório pode ser admitido em condições específicas e em período de tempo determinado pela lei¹¹⁰. Desse modo, a orientação da ONU e da OMS caminha no sentido de que apenas a lei pode forçar o paciente que faz uso problemático de álcool e outras drogas a se tratar segundo os critérios específicos, quais sejam: a) situação de crise; b) existência de risco para si mesmo e outros; c) condições específicas; d) período de tempo fixado legalmente. Apesar da orientação da ONU e da OMS, órgãos de direitos humanos contestam essa previsão de tratamento forçado e preconizam que em nenhuma hipótese tal procedimento deve ser adotado.

124. No que tange a casos de doença transmissível, o Regulamento Sanitário Internacional, adotado pela OMS, estabelece o isolamento, a quarentena ou a observação de saúde pública como medidas de saúde pública para evitar ou controlar a propagação de doença. Ainda, segundo o Regulamento, pessoas podem se sujeitar a exames médicos para fins de saúde pública. Assim, nota-se que mesmo o Regulamento Sanitário Internacional não prevê nenhuma hipótese de tratamento compulsório em caso de propagação de doença.

125. A Lei nº 6.259, de 30 de outubro de 1975, que dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações, estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças, prevê apenas a possibilidade de se adotar medidas de isolamento ou quarentena, de acordo com o Regulamento Sanitário Internacional para os casos de doenças de notificação

¹⁰⁹ ALBUQUERQUE, Aline. *Direitos Humanos dos Pacientes*. Curitiba: Juruá, 2016.

¹¹⁰ UNITED NATIONS. WHO. Principles of Drug Dependence Treatment. Disponível em: https://www.who.int/substance_abuse/publications/principles_drug_dependence_treatment.pdf?ua=1. Acesso em: 20 set. 2019.

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.

– VALERIE BILLINGHAM,

THROUGH THE PATIENT’S EYES,

SALZBURG SEMINAR

SESSION 356, 1998

compulsória. Sendo assim, constata-se que não há na lei previsão de tratamento compulsório, tão somente de medidas de isolamento ou quarentena para as doenças de notificação compulsória.

126. Com relação à paciente mulher, quanto gestante, o seu direito de recusar tratamentos e procedimentos não pode ser caracterizado como abuso de direito, haja vista que tal abuso é caracterizado, como visto, pela ausência de boa-fé. No caso da paciente gestante tomar uma decisão que configure uma recusa de procedimento ou tratamento, mesmo quando possa colocar em risco de morte o feto não é manifestação de falta de boa-fé, mas sim de seus valores e crenças.

127. Segundo o Colégio Americano de Obstetras e Ginecologistas, o tratamento forçado de gestantes – que consiste no oposto da aceitação de sua recusa – entrelaça-se com seu direito de ter respeitada sua autonomia, a violação à sua integridade corporal, e a igualdade de gênero, portanto o Colégio se opõe explicitamente ao tratamento forçado de gestante, bem como o recurso aos Tribunais para obriga-las. Assim, o Comitê de Ética do Colégio recomenda:

- a) Gravidez não é uma exceção ao direito da mulher de recusar tratamento, mesmo que seja um tratamento de manutenção da vida, portanto, a recusa de paciente grávida de tratamento médico ou cirurgia deve ser respeitada.
- b) O uso da coerção não é apenas eticamente vedado, bem como medicamento não indicado em razão da limitação do conhecimento médico e do fato dos prognósticos serem incertos.
- c) Os médicos obstetras e ginecologistas são recomendados a não recorrer aos os Tribunais e aos serviços de proteção de crianças para impelir a paciente a adotar determinado procedimento ou tratamento.
- d) Os médicos obstetras e ginecologistas são encorajados a solucionar as divergências de posições com as pacientes por meio de uma abordagem em equipe que reconheça a paciente no contexto de sua vida e crenças, bem como são estimulados a buscar orientações de consultores éticos.
- e) O médico não pode alegar objeção de consciência para forçar a paciente a aceitar determinado procedimento ou tratamento que não deseja¹¹¹.

128. A OMS condena e considera abuso e desrespeito à paciente, a adoção de procedimentos médicos coercivos ou não consentidos e a não obtenção de consentimento esclarecido antes da realização de procedimentos¹¹². Desse modo, é

¹¹¹ THE AMERICAN COLLEGE OF OBSTETRICIANS AND GYNECOLOGISTS. Committee Opinion. Disponível em: <https://www.acog.org/Clinical-Guidance-and-Publications/CommitteeOpinions/Committee-on-Ethics/Refusal-of-Medically-Recommended-Treatment-DuringPregnancy?IsMobileSet=false>. Acesso em 20 set. 2019.

¹¹² OMS. Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf;jsessionid=4863813A7B985B820343FD549EA902C5?sequence=3. Acesso em 20 set. 2019.

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.

– VALERIE BILLINGHAM,

THROUGH THE PATIENT’S EYES,

SALZBURG SEMINAR

SESSION 356, 1998

incompatível com a Ética Médica e as determinações da OMS enquadrar a recusa da paciente gestante como abuso de direito.

7.2. *Quadro-síntese das violações da Resolução nº 2.232, de 2019 aos direitos dos pacientes*

<i>Artigo da Resolução nº 2.322, de 2019</i>	<i>Violações de direitos dos pacientes</i>
<p>Art. 1º A recusa terapêutica é, nos termos da legislação vigente e na forma desta Resolução, um direito do paciente a ser respeitado pelo médico, desde que esse o informe dos riscos e das consequências previsíveis de sua decisão.</p>	<p>O CFM não tem competência legal para dispor sobre direitos dos pacientes, considerando que seu Poder Normativo cinge-se à ética profissional dos médicos.</p> <p>Ainda, o direito do paciente de recusar não pode ser condicionado à informação sobre os riscos e as consequências da sua decisão. O paciente tem o direito de recusar a despeito de ser informado ou não, até mesmo porque o paciente pode buscar informação com seus pares ou na literatura científica por si mesmo. Isso não significa desconsiderar que o paciente tem o direito de ser informado sobre as opções de tratamento, riscos e benefícios associados.</p>

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.
 – VALERIE BILLINGHAM,
 THROUGH THE PATIENT’S EYES,
 SALZBURG SEMINAR
 SESSION 356, 1998

<p>Art. 2º É assegurado ao paciente maior de idade, capaz, lúcido, orientado e consciente, no momento da decisão, o direito de recusa à terapêutica proposta em tratamento eletivo, de acordo com a legislação vigente.</p> <p>Parágrafo único. O médico, diante da recusa terapêutica do paciente, pode propor outro tratamento quando disponível.</p>	<p>A Resolução restringe o direito de crianças e adolescentes de recusar tratamentos e procedimentos, em dissonância com a CDC. Ainda, a Resolução faz alusão a paciente capaz, sem considerar a perspectiva de capacidade jurídica advinda da CDPD. Ademais, mesmo pessoas curatelas parcialmente e consideradas incapazes, nos termos do art. 755 do CPC, podem deliberar sobre a sua própria saúde. Sendo assim, a Resolução encontra-se em desacordo com o CPC e a Lei Brasileira de Inclusão que estabelece que em caso de pessoa com deficiência em situação de curatela, deve ser assegurada sua participação, no maior grau possível, para a obtenção de consentimento.</p>
<p>Art. 3º 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.</p>	<p>Ademais, a Resolução utiliza critérios não jurídicos e imprecisos, tais como “lúcido, orientado e consciente” para restringir o exercício do direito à recusa.</p> <p>A Resolução limita o direito de recusa ao tratamento eletivo, desconsiderando que o paciente tem direito de recusar qualquer tratamento.</p> <p>O art. 3º infringe uma série de direitos, tais como os da criança e do adolescente, bem como emprega critério não científico e internacionalmente inexistente, como, “pleno uso de suas faculdades mentais”, em desconformidade com a CDC e a CDPD, bem como com a Lei Brasileira de Inclusão.</p> <p>O dispositivo coloca a criança na posição de mero objeto de tratamento do médico e desconsidera a avaliação das suas habilidades decisórias no que diz respeito à recusa terapêutica.</p> <p>Apenas o paciente que não possui habilidade decisória no momento da tomada de decisão, fundamento em avaliação validada cientificamente, pode, após o emprego dos apoios para a tomada</p>

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.
 – VALERIE BILLINGHAM,
 THROUGH THE PATIENT’S EYES,
 SALZBURG SEMINAR
 SESSION 356, 1998

	<p>de decisão, ter sua decisão substituída, conforme a CDPD.</p> <p>A Resolução vai além e prevê que mesmo nos casos em que o paciente seja curatelado totalmente e conte com representante ou assistente, o médico pode desrespeitar a decisão do curador, conferindo ao médico poder absoluto sobre a saúde de uma pessoa. O mesmo se aplica aos pais e responsáveis legais de uma criança ou adolescente.</p>
<p>Art. 4º 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 comunicar o fato às autoridades competentes (Ministério Público, Polícia, Conselho Tutelar etc.), visando o melhor interesse do paciente.</p>	<p>Igualmente, a Resolução viola os direitos dos pacientes crianças e do adolescentes, bem como das pessoas curateladas parcialmente e o dever de se adotar apoios para a tomada de decisão quando o paciente apresentar fragilidades em sua habilidade decisional, conforme a CDPD, a CDC e a Lei Brasileira de Inclusão.</p> <p>Destaca-se que a Resolução elege a judicialização mediante o recurso ao Sistema de Justiça como forma de resolução de conflitos, em completo desacordo com o movimento internacional de solução de conflitos por meio de mediação hospitalar e comitês de bioética.</p> <p>Embora seja importante proteger a criança de abusos flagrantes, a introdução de atores como o Ministério Público, a Polícia e o Conselho tutelar tão somente em razão da discordância com o médico, irá maximizar o conflito e poderá gerar prejuízos para a criança, contrariando o seu melhor interesse, de modo distinto ao que prescreve o art. 4º.</p>

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.
 – VALERIE BILLINGHAM,
 THROUGH THE PATIENT’S EYES,
 SALZBURG SEMINAR
 SESSION 356, 1998

<p>Art. 5º A recusa terapêutica não deve ser aceita pelo médico quando caracterizar abuso de direito.</p> <p>§ 1º Caracteriza abuso de direito:</p> <p>I - A recusa terapêutica que coloque em risco a saúde de terceiros.</p> <p>II - A recusa terapêutica ao tratamento de doença transmissível ou de qualquer outra condição semelhante que exponha a população a risco de contaminação.</p>	<p>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 não guardam qualquer relação de pertinência temática com a competência normativa do CFM na medida em que são matérias de saúde pública, ou seja, dizem respeito aos limites do direito à privacidade quando há razões de saúde pública.</p> <p>Ainda, extrapola os limites do Poder Normativo do CFM ao prever hipóteses de atos ilícitos atribuídos aos pacientes, travestidos de abuso de direito.</p> <p>Além disso, essas hipóteses não se coadunam com o instituto do abuso de direito, previsto no Código Civil, porquanto consistem no exercício legítimo e legal do direito de recusa.</p> <p>O risco à saúde de terceiros deve ser tratado, se for o caso, no âmbito penal, não sendo cabível o tratamento forçado nessa hipótese.</p> <p>O Regulamento Sanitário Internacional não prevê o tratamento forçado em caso de propagação de doença, e o ordenamento jurídico nacional apenas permite a quarentena e o isolamento em caso de doenças de notificação compulsória. Logo, não há previsão legal de tratamento compulsório em casos de propagação de doença.</p>
<p>§ 2º A recusa terapêutica manifestada por gestante deve ser analisada na perspectiva do binômio mãe/feto, podendo o ato de vontade da mãe caracterizar abuso de direito dela em relação ao feto.</p>	<p>A recusa da paciente gestante deve ser respeitada em qualquer situação, mesmo quando haja risco para a sua saúde ou do feto. Seu tratamento forçado é vedado. Recomenda-se que se utilize de comitês de bioética e de consultores bioéticos para solucionar eventual recusa que podem resultar em risco para a saúde do feto, conforme recomendação do Colégio Americano de Obstetrícia e Ginecologia.</p>

OBSERVATÓRIO DIREITOS DOS PACIENTES

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.
– VALERIE BILLINGHAM,
THROUGH THE PATIENT’S EYES,
SALZBURG SEMINAR
SESSION 356, 1998

<p>Art. 6º 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.</p>	<p>O tratamento forçado de crianças e adolescentes ou de pessoas com inabilidade decisional consideradas incapazes é violador dos direitos humanos. Quando se trata de crianças, é o seu responsável legal apto a tomar decisão por elas, apenas eventualmente, o Poder Judiciário pode adotar uma decisão substituta. Com relação ao adolescente, a depender do resultado da recusa, pode-se aceitar o tratamento forçado pelo Poder Judiciário. Quanto a pessoas incapazes e curateladas, apenas se a curatela for total, sua decisão pode ser substituída.</p>
---	---

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.
– VALERIE BILLINGHAM,
THROUGH THE PATIENT’S EYES,
SALZBURG SEMINAR
SESSION 356, 1998

<p>Art. 7º É direito do médico a objeção de consciência diante da recusa terapêutica do paciente.</p> <p>Art. 8º 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.</p>	<p>A Resolução trata equivocadamente da objeção de consciência e do direito do paciente de recusar procedimentos e tratamentos como assuntos correlatos e necessariamente interligados.</p> <p>A objeção de consciência não é direito do médico diante da recusa do paciente, mas sim ocorre tão somente quando um médico, resultante de conflito com suas crenças e valores pessoais, reconhece que não pode prover ou participar de tratamento ou procedimento considerado cientificamente apropriado sob a ótica dos padrões profissionais, de acordo com a Associação Médica da Austrália.</p> <p>O médico não pode lançar mão da objeção de consciência simplesmente por não concordar com a recusa do paciente, pois isso constitui abuso de direito.</p> <p>Além disso:</p> <p>A Resolução não prevê salvaguardas para que o médico não cause estresse ao paciente ou aumente a sua vulnerabilidade quando fizer uso da objeção de consciência.</p> <p>A Resolução não trata do dever do médico de não discriminar o paciente por meio do uso da objeção de consciência, ou seja, o médico não pode deixar de tratar um paciente ou grupo de paciente em razão da suas crenças ou valores pessoais sobre tal paciente ou grupo.</p> <p>A Resolução não traz mecanismos de verificação da presença da crença ou valor pessoal genuíno de modo a assegurar a conduta profissional do médico.</p> <p>A Resolução não estabelece de forma explícita que a objeção de consciência não implica forçar o paciente a</p>
--	---

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.
 – VALERIE BILLINGHAM,
 THROUGH THE PATIENT’S EYES,
 SALZBURG SEMINAR
 SESSION 356, 1998

	<p>determinado tratamento ou procedimento.</p> <p>A Resolução não traz balizas para que a objeção de consciência seja adotada no caso concreto de forma excepcional na medida em que expressa o predomínio da perspectiva do médico sobre a do paciente</p>
<p>Art. 11. Em situações de urgência e emergência que caracterizarem iminente perigo de morte, o médico deve adotar todas as medidas necessárias e reconhecidas para preservar a vida do paciente, independentemente da recusa terapêutica.</p>	<p>O paciente tem direito de recusar qualquer procedimento ou tratamento mesmo que essa negativa conduza à sua morte, o médico não tem o direito de impor-lhe tratamento forçado sob o argumento de que sua decisão é superior ao do paciente ou de que a decisão do paciente é irracional.</p> <p>Caso o médico adote tratamento forçado, esse ato é uma violação do direito à autodeterminação, inclusive da sua integridade corporal.</p> <p>Esse artigo é patentemente ofensivo à dignidade humana ao permitir tratamentos forçados de pacientes e ao consenso internacional em torno da vedação absoluta de tratamentos forçados de pacientes conscientes e capazes.</p>

8. O Pedido

129. Ante o exposto, o Observatório dos Direitos dos Pacientes requer que seja proposta Ação Civil Pública que contenha o pedido de concessão de tutela de urgência, *inaudita altera pars*, que determine a suspensão integral e imediata da Resolução nº 2.232, de 2019, do CFM, nos termos do artigo 300 do Código de Processo Civil, e que, no mérito, para que seja declarada a nulidade da Resolução nº 2.232, de 2019, do CFM em face de seu excesso de poder regulamentar e de sua contrariedade:

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.

– VALERIE BILLINGHAM,

THROUGH THE PATIENT’S EYES,

SALZBURG SEMINAR

SESSION 356, 1998

- a) aos princípios constitucionais da dignidade humana e da legalidade, aos direitos fundamentais à privacidade e de não ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes.
- b) ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, seu Artigo 7 e ao Artigo 17; à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, em seu Artigo 5 e Artigo 11; à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, em seu Artigo 12; à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, promulgada pelo Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002, em seu Artigo 12; a Convenção sobre os Direitos da Criança, promulgada pela Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.
- c) aos arts. 11 e 12 da Lei Brasileira de Inclusão e ao art. 7º da Lei nº 6. 259, de 1975.
- d) aos princípios do SUS da preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral e do direito à informação do paciente sobre a sua saúde, conforme o disposto no art. 7º na Lei nº 8.080, de 1990.
- e) ao Regulamento Sanitário Internacional, no que diz respeito a medidas compulsórias de saúde pública.
- f) ao conceito jurídico de abuso de direito, consubstanciado no art. 187 do Código Civil.
- g) à Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, particularmente os seguintes princípios: Artigo 3 – Dignidade Humana e Direitos Humanos; Artigo 5 – Autonomia e Responsabilidade Internacional; Artigo 6 – Consentimento; e Artigo 8 – Respeito pela Vulnerabilidade Humana e pela Integridade Individual.
- h) aos seguintes consensos internacionais no âmbito de Associações e Conselhos Médicos, bem como da OMS: definição e limites da objeção de consciência; cuidado centrado no paciente; direitos da mulher gestante; e a tratamentos compulsórios.
- i) Por fim, registre-se que a Resolução nº 2.232, de 2019 é anacrônica e completamente dissonante das legislações sobre direitos dos pacientes adotadas amplamente em várias partes do globo¹¹³.

¹¹³ EUROPEAN UNION. *Patient's Rights in European Union. Mapping Exercise*. Luxembourg: European Union, 2016.

OBSERVATÓRIO DIREITOS DOS PACIENTES

NOTHING ABOUT ME WITHOUT ME.
– VALERIE BILLINGHAM,
THROUGH THE PATIENT’S EYES,
SALZBURG SEMINAR
SESSION 356, 1998