

SOBRE A RECUSA DE TRATAMENTO MÉDICO EM RAZÃO DA FILIAÇÃO POLÍTICA OU IDEOLÓGICA DO PACIENTE

ON THE REFUSAL OF MEDICAL TREATMENT DUE TO THE PATIENT'S POLITICAL OR IDEOLOGICAL AFFILIATION

Paulo Gilberto Cogo Leivas¹

Professor de Bioética e Direito Sanitário (UFCSPA, Porto Alegre/RS, Brasil)

Ana Carolina da Costa e Fonseca²

Professora de Filosofia (UFCSPA, Porto Alegre/RS, Brasil)

Gilberto Schäfer³

Doutor em Direito (UFRGS, Porto Alegre/RS, Brasil)

ÁREA(S): Bioética; direito constitucional; direitos humanos; direito da antidiscriminação.

RESUMO: O artigo tem como tema uma situação ocorrida em 2016, quando a filiação política foi considerada um

fundamento legítimo para a recusa da continuidade de atendimento na área da saúde. A partir desse episódio, discutem-se questões legais e éticas envolvidas em situações em que há recusa de atendimento de paciente na

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor de Ética e Direito na Universidade Federal de Ciências da Saúde de Porto Alegre (UFCSPA). Procurador Regional da República. *E-mail:* paulogleivas@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/8903151502297215>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2705-0078>.

² Doutora em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora de Filosofia na Universidade Federal de Ciências da Saúde de Porto Alegre (UFCSPA), Porto Alegre/RS, Brasil. Professora em Cursos de Graduação e Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado). Currículo: <http://lattes.cnpq.br/2796793128100991>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7123-4240>.

³ Professor de Direito Constitucional e Direitos Humanos. Professor convidado em Cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu*. Palestrante da Escola Superior da Magistratura (ESMAjuris) e da Escola Nacional de Formação de Magistrados (Enfam). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *E-mail:* gilbertoschafer@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5204288597170064>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1425-5763>.

seara médica por razões de convicção ideológica ou de filiação política. O artigo demonstra que a recusa ou a interrupção por estes motivos constitui discriminação e é proibida por tratados internacionais de direitos humanos, pela Constituição da República Federativa do Brasil e pelo Código de Ética Médica, visto que não há um direito subjetivo de interromper o tratamento ou de alegar objeção de consciência quando a recusa caracteriza discriminação. A legislação brasileira e as declarações internacionais de direitos humanos tomam a discriminação como um limite absoluto ao exercício da autonomia do profissional da saúde.

ABSTRACT: *The paper has as its theme a situation that occurred in 2016, when political affiliation was considered a legitimate ground for the refusal of continuity of care in the health area. From this episode on, legal and ethical issues involved in situations in which there is a refusal of patient care in the medical field for reasons of ideological conviction or political affiliation are discussed. The article demonstrates that refusal or interruption for these reasons constitutes discrimination and is prohibited by international human rights treaties, the Constitution of the Federative Republic of Brazil and the Code of Medical Ethics, since there is no subjective right to interrupt treatment or to plead conscientious objection when the refusal characterizes discrimination. Brazilian legislation and international declarations of human rights take discrimination as an absolute limit to the exercise of the health professional's autonomy.*

PALAVRAS-CHAVE: Bioética; direitos humanos; ética médica; discriminação por filiação política e/ou ideológica; objeção de consciência.

KEYWORDS: *Bioethics; human rights; medical ethics; discrimination by political and/or ideological affiliation; conscientious objection.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 As vedações do ordenamento jurídico às diversas formas de discriminação; 2 As vedações de discriminação no Código de Ética Médica; 3 O direito à objeção de consciência não deve ser usado para discriminar; 4 As recusas de tratar permitidas pelo Código de Ética Médica não autorizam atos de discriminação; Conclusão: intersecções entre o direito à antidiscriminação e a ética médica; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Prohibitions of the legal system to the different forms of discrimination; 2 Prohibition of discrimination According to the Medical Code of Ethics; 3 The right to conscientious objection must be not used to discriminate; 4 Refusals to treat permitted in the Code of Medical Ethics do not authorize acts of discrimination; Conclusion: intersections between the right to anti-discrimination and Medical Ethics; References.*

INTRODUÇÃO

A recusa de atendimento por médicos e, extensivamente, por qualquer profissional da saúde, por questões de posição política ou por convicção ideológica teve um intenso debate sobre a sua legitimidade a partir de um episódio amplamente divulgado pela mídia brasileira. Uma médica pediatra recusou-se, por meio de mensagem de *WhatsApp*, a continuar atendendo uma criança de um ano, que era sua paciente, em razão da convicção e filiação política de seus pais, filiados ao PT e ao PSOL⁴.

A notícia repercutiu em nível nacional, especialmente por ter ocorrido em um momento de intensa polarização política e ideológica. Para que não incidamos nos mesmos vícios da polarização de outrora, formulamos de forma neutra uma hipótese factual: um(a) médico(a) se recusa a atender determinado paciente porque ele/ela ou seus pais (pai e mãe, ou apenas o pai, ou apenas a mãe, ou dois pais, ou duas mães, ou qualquer outra configuração de paternidade/maternidade) comungam de uma determinada concepção ideológica ou filiação partidária. Assim, temos uma hipótese despida da controvérsia produzida pela polarização daquele período e que permite formulá-la de maneira universal. Uma enunciação, assim formalizada, permite aquilatar melhor os argumentos de quem defendeu o direito da negativa de atendimento ao paciente, que se fundaram em um direito potestativo⁵ de recusa e no direito à objeção de consciência.

A questão foi objeto de apreciação do Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul (Cremers) a partir da denúncia apresentada pela mãe, poucos dias depois do ocorrido. De acordo com a decisão proferida, cada médico pode

⁴ GULARTE, Jeniffer. Cremers arquiva sindicância de médica que negou atendimento a filho de petista. *Diário Gaúcho*, 6 jun. 2016. Disponível em: <<http://diariogaucha.clicrbs.com.br/rs/dia-a-dia/noticia/2016/10/cremers-arquiva-sindicancia-de-medica-que-negou-atendimento-a-filho-de-petista-7692644.html>>. Acesso em: 28 jan. 2017 (grifo no original).

⁵ Entendemos ser necessário explicar o conceito de direito potestativo para aqueles que não são da área jurídica e que estão lendo o presente artigo. O direito potestativo constitui uma prerrogativa de uma pessoa ao qual o outro se sujeita, sem poder contestar. O direito potestativo é exercido unilateralmente, apesar de afetar a vida de outrem. Seguem alguns exemplos: no contrato de trabalho, o empregador, em regra, sempre pode despedir o empregado, sem a necessidade de sua motivação; o empregado também tem direito de se demitir, mesmo que haja algumas formalidades a serem cumpridas e seguidas; o direito de se divorciar é outro exemplo. O que perguntamos, neste artigo, é se o direito de se recusar a atender um paciente, por qualquer motivo que seja, ou por algum motivo específico, pode ser considerado um direito potestativo, um direito unilateral do profissional da área da saúde que não poderia ser contestado pelo paciente.

decidir de forma absoluta sobre os ditames de consciência, não cabendo ao Conselho de Medicina julgar sobre a sua pertinência⁶.

Discutiremos a questão sobre como a conduta pode ser aferida nos planos da ética profissional e do Direito. No plano do Direito, a partir de uma leitura das diretrizes constitucionais, convencionais e legais da matéria, avaliaremos se a recusa de tratar em razão da opinião ou filiação política do paciente (ou de seus pais) constitui discriminação proibida. No plano da ética médica, cabe avaliar a existência de um direito imotivado – como o sustentado por dirigentes de classe que colocaram a questão dentro de uma avaliação subjetiva – e que estaria restrito à esfera da intimidade, em função de avaliação do conforto pessoal⁷.

Por esta razão, analisa-se, em um primeiro momento, a questão sob o prisma do Direito da Antidiscriminação e, em um segundo momento, como as normas éticas da medicina disciplinam a questão da proibição de discriminação e da recusa de tratar. Desse modo, busca-se debater se a recusa de tratar em razão da filiação política do paciente constitui um ato de discriminação proibido no Direito brasileiro.

1 AS VEDAÇÕES DO ORDENAMENTO JURÍDICO ÀS DIVERSAS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO

Discriminação é um conceito que denota atitudes concretas de distinção, exclusão, restrição ou preferência, que podem atingir indivíduos ou grupos em razão de determinados atributos⁸. Nesse sentido a formulação de Roger Raupp Rios, para quem discriminação é

qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou

⁶ “Não cabe ao Conselho de Medicina julgar quais razões que contrariam os ditames de consciência de cada médico seriam pertinentes ou não. Estas razões são absolutamente pessoais e impossíveis de serem avaliadas, julgadas e, muito menos, penalizadas.” (GULARTE, Jeniffer. Cremers arquiva sindicância de médica que negou atendimento a filho de petista. *Diário Gaúcho*, 6 out. 2016. Disponível em: <<http://diariogauchoclicrbs.com.br/rs/dia-a-dia/noticia/2016/10/cremers-arquiva-sindicancia-de-medica-que-negou-atendimento-a-filho-de-petista-7692644.html>>. Acesso em: 1º jun. 2017.

⁷ GULARTE, Jeniffer. “Ela tem que se orgulhar”, diz presidente do Simers sobre pediatra que negou atendimento a filho de vereadora. *Diário Gaúcho*, 30 mar. 2016. Disponível em: <<http://diariogauchoclicrbs.com.br/rs/dia-a-dia/noticia/2016/03/ela-tem-que-se-orgulhar-disso-diz-presidente-dosimers-sobre-pediatra-que-negou-atendimento-a-filho-de-vereadora-5612654.html>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

⁸ RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2008. p. 20.

prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública.⁹

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 veda qualquer forma de discriminação. O art. 3º delinea os objetivos fundamentais da nossa República, no qual se encontra o contexto em que se insere tal vedação, que é a construção “de uma sociedade livre, justa e solidária”, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, da marginalização e da redução das desigualdades sociais e regionais, e, especialmente: “IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de *discriminação*”. Há, portanto, uma abertura material expressa na formulação “e quaisquer outras formas de *discriminação*” (grifos nossos).

A Constituição Federal não possui uma cláusula que proíba explicitamente a discriminação por motivo político, entretanto uma interpretação sistemática do texto constitucional com base no art. 3º, inciso IV, em conjunto com o art. 5º, inciso VIII, da Constituição Federal, que estabelece que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de *convicção filosófica ou política*, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei” (grifo nosso), conduz ao reconhecimento de que a Constituição Federal proíbe a discriminação por *convicção política ou filosófica*. Acrescenta-se a isso que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no seu art. 1º, explicitamente enumera entre os critérios proibidos a discriminação por “opiniões políticas”.

Portanto, com essa inserção convencional, a vedação por discriminação por opinião ou filiação política passa a integrar o bloco de constitucionalidade do Direito brasileiro, com *status*, no mínimo, de supralegalidade, como definiu o Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário nº 466.343 de Relatoria do Ministro Cezar Peluso.

A Lei Orgânica de Porto Alegre – apenas para citar a normatividade do local dos fatos que ensejaram o debate – prevê penalidades às pessoas jurídicas e físicas que pratiquem discriminação, inclusive em razão de *convicção política*. Segundo o seu art. 150, os estabelecimentos de pessoas físicas ou jurídicas que no

⁹ Idem, *ibidem*.

território do Município “praticuem ato de *discriminação*” (grifo nosso) sofrerão penalidades de multa até a cassação do alvará de instalação e funcionamento.

Há duas formas de discriminação: discriminação direta e discriminação indireta. A prática de qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência com a intenção de anular, prejudicar ou restringir o reconhecimento dos direitos de indivíduos ou grupos caracteriza discriminação direta (*disparate treatment*). As hipóteses de discriminação direta são três: i) discriminação explícita, quando a intenção discriminatória é explícita no texto ou na conduta dos que discriminam; ii) discriminação na aplicação do direito, quando a lei não é em si discriminatória, mas os que a aplicam cometem, intencionalmente, um ato de discriminação contra um indivíduo ou grupo particular; iii) discriminação na concepção, quando a discriminação é pensada na elaboração da lei, mesmo que não seja explícita no texto legal. Discriminação indireta (*disparate impact*) permite reconhecer uma conduta como discriminatória quando, apesar de não haver evidências da intenção de discriminar, há o efeito de anular ou prejudicar direitos de grupos ou de indivíduos¹⁰.

No caso do atendimento médico da criança, em razão da ideologia ou da filiação política dos pais ocorre a *discriminação por associação*, que ocorre em virtude de um relacionamento, conexão ou afinidade com determinada pessoa¹¹, no caso associar a criança à ideologia ou convicção de seus pais. Ela foi percebida em questões étnicas¹², ainda que seja observado caso em que se estenderam normas da antidiscriminação também para a mãe de uma pessoa deficiente¹³.

¹⁰ Idem, ibidem.

¹¹ Nesse sentido: LIMA, Firmino Alves. *Teoria da discriminação nas relações de trabalho*. Campus jurídico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 80.

¹² MESTRE, Bruno. Discrimination by association: protected by EC Law but limiting the scope of Mangold. *European Law Reporter*, p. 304-305, 2008.

¹³ “O caso relacionado com esta matéria, ainda sobre o âmbito de aplicação da Diretiva, foi decidido pelo TJUE através do Processo C-303/06, de 17 de julho de 2008, o caso Coleman. Tratava-se da Sra. Coleman, que trabalhava numa sociedade de advogados e que tinha um filho portador de uma deficiência – broncomalácia e de laringomalácia congénita – sendo que era ela que tinha o filho a seu cargo. Alegava ela que após ter voltado ao trabalho depois de ter tido o seu filho, começou a ser tratada de forma menos favorável do que os seus colegas em posições comparáveis, dado que ela é que era a principal responsável pelo seu filho, tendo inclusive a sua guarda. Fez várias alegações, nomeadamente que tinham adotado comportamentos que criaram um ambiente hostil para si. Entre os exemplos de tratamento discriminatório que alegava ter sofrido, contavam-se os seguintes: os empregadores recusaram autorizar-lhe a voltar a desempenhar as mesmas funções depois de regressar da sua licença de maternidade; chamaram-lhe ‘preguiçosa’ quando pediu dispensa do trabalho para dar assistência ao seu filho, e recusaram conceder-lhe a mesma flexibilidade de horário de trabalho que era concedida

2 AS VEDAÇÕES DE DISCRIMINAÇÃO NO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

É necessário compreender como a vedação da discriminação foi recepcionada na ética médica. O Código de Ética Médica (Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.931, de 17 de setembro de 2009) inicia, já no art. 1º, proibindo discriminação de qualquer natureza. Adiante, no Capítulo IV, que trata dos direitos humanos, proíbe “a discriminação de qualquer natureza” e determina, no seu art. 23, que é vedado ao médico “tratar o ser humano *sem* civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou *discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto*” (grifos nossos), ao qual se agrega uma proibição por razões genéticas (Capítulo I, XXV)¹⁴.

A expressão *qualquer forma* se refere à maneira pela qual a discriminação é feita, por exemplo, por ação, por omissão, por linguagem escrita ou falada, por gestos, e no lugar ou na circunstância onde ou como venha a ocorrer, *v.g.*, em hospitais públicos ou privados, consultórios médicos. Já a expressão *qualquer pretexto* pode ser entendida como a inadmissibilidade de discriminação seja qual for o motivo, como, por exemplo, motivação religiosa ou homofóbica, ou

aos seus colegas que tinham filhos não deficientes; comentaram que estava a usar o raio do miúdo – *fucking child* – para manipular as suas condições de trabalho; instauraram-lhe um processo disciplinar; e não deram seguimento adequado à queixa formal que apresentou por ter sido maltratada. Face a tudo isto, a Sra. Coleman aceitou cessar voluntariamente a relação de trabalho, intentando depois uma ação contra os seus anteriores empregadores com fundamento em que a demissão fora causada pela atuação do empregador – *constructive dismissal* – e em discriminação baseada na deficiência – *disability discrimination*. A Sra. Coleman invocou em seu favor a legislação nacional pertinente, a Lei de 1995 relativa à proibição de discriminação em razão da deficiência e a diretiva. Alegou que a diretiva se destina a proibir discriminações não apenas contra pessoas que sejam, elas próprias, deficientes mas também contra pessoas que sejam vítimas de discriminação por terem uma relação com uma pessoa deficiente. [...] O TJUE decidiu, assim, que é a característica abrangida, mais do que a pessoa que alega a discriminação, que deve ser atendida, tal como se depreende dos parágrafos 50 e 51 onde se pode ler que: ‘Ora, embora numa situação como a que está em causa no processo principal, a pessoa que foi alvo de discriminação direta baseada em deficiência não seja ela própria deficiente, isso não significa que não seja a deficiência que, segundo S. Coleman, constitui o motivo do tratamento menos favorável de que alegadamente foi vítima’. Como resulta do nº 38 do presente acórdão, a Diretiva 2000/78, que visa, no domínio do emprego e da atividade profissional, lutar contra todas as formas de discriminação baseadas numa deficiência, não se aplica a uma determinada categoria de pessoas, mas em função dos motivos indicados no seu art. 1º.’ (MOREIRA, Teresa Coelho. A discriminação dos trabalhadores em razão da deficiência na jurisprudência do TJUE: breve análise dos casos Chacón Navas, Jette Ring, Z. e Coleman. *R. Dir. Gar. Fund.*, Vitória, v. 15, n. 2, jul./dez. 2014, p. 265-294)

¹⁴ Assim como o Código de Ética Médica, os Códigos de Ética da Enfermagem, da Odontologia e da Fisioterapia recusam direta ou indiretamente qualquer forma de discriminação.

atributo, como, por exemplo, crenças religiosas, políticas, nacionalidade, raça e etnia.

Ao exercer a profissão, médicas e médicos também estão protegidos – pelo mesmo Código de Ética – contra qualquer forma de discriminação¹⁵. O Código estabelece um direito da médica ou do médico, ou seja, assegura que ela ou ele possa reagir – licitamente – quando entenda que ele é discriminado. E, nesse item, a vedação de discriminação por opinião política é explícita, pois consta como direito dos médicos o exercício da medicina sem ser discriminado por questões de religião, etnia, sexo, nacionalidade, cor, orientação sexual, idade, condição social, *opinião política* ou de qualquer outra natureza. Da mesma forma, há a vedação de o médico discriminar, no exercício da docência, quem se recusa a consentir para ser atendido ou participar de atividade de ensino ou pesquisa¹⁶.

A cláusula de vedação de discriminação prevista no Código de Ética Médica abrange a discriminação por conta de opiniões políticas. Não seria coerente proibir discriminação contra médicos baseado na sua opinião política e permitir discriminação de médicos contra pacientes sob o mesmo pretexto.

Consequentemente, recusar atendimento a um paciente baseado em características ou opiniões do paciente, incluindo opinião política, configura discriminação proibida pelo Direito brasileiro e pelo Código de Ética Médica. Aparentemente, contudo, ainda caberia alegar que não houve discriminação, mas objeção de consciência.

3 O DIREITO À OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA NÃO DEVE SER USADO PARA DISCRIMINAR

Não encontramos nenhuma declaração expressa da médica alegando objeção de consciência; contudo, esse argumento aparece na decisão do Cremers, que arquivou a sindicância na possibilidade de o médico alegar “ditames de consciência” para não atender em situações que não de urgência ou

¹⁵ CEM: “II – DIREITOS DOS MÉDICOS: I – É direito do médico – Exercer a Medicina *sem ser discriminado* por questões de religião, etnia, sexo, nacionalidade, cor, orientação sexual, idade, condição social, *opinião política* ou de qualquer outra natureza”.

¹⁶ CEM: “Art. 110. Praticar a Medicina, no exercício da docência, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, sem zelar por sua dignidade e privacidade ou *discriminando* aqueles que negarem o consentimento solicitado” (grifo nosso).

de emergência, bem como o fato de tais razões serem absolutamente pessoais e, por isso, não poderem ser julgadas por outras pessoas¹⁷.

O Código de Ética Médica dispõe que o médico não está obrigado a prestar serviços que “*contrariem os ditames de sua consciência* ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente” (Cap. 1, VII), podendo “*recusar-se a praticar: atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência*” (Cap. II, IX) (grifos nossos).

A recusa prevista se refere a atos médicos, ou seja, aquilo que um médico pode fazer por ser médico pode ser objeto de recusa por ser contrário “aos ditames da sua consciência”. A recusa devido à objeção de consciência pode ser, portanto, alegada *contra algo, não contra alguém*.

O Código de Ética Médica brasileiro enumera ao menos quatro situações em que os médicos têm o direito de recusar assistência médica, quais sejam: a) “quando a instituição pública ou privada para a qual trabalhe não oferecer condições adequadas para o exercício profissional” (Capítulo II, incisos IV e V); b) por objeção de consciência, que consiste no direito a “recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência” (Capítulo II, inciso IX); c) “ocorrendo fatos que, a seu critério, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou o pleno desempenho profissional” (Capítulo V, art. 36, § 1º); d) como direito a recusar assistência “a quem ele/ela não queira” (Capítulo II, inciso IX, segunda parte).

O direito à objeção é o *direito de não participar de atos*, autorizados por lei, que ferem convicções religiosas, políticas ou morais. No Brasil, objeção de consciência é um direito fundamental, assegurado pelo art. 5º, VIII, que proíbe a privação de direitos por conta de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política.

Seria possível interpretar que previsões legais conferem poderes absolutos à recusa de assistência médica com base na objeção de consciência? Basta pensar que um médico alegue objeção de consciência porque entende que não pode atender alguém em razão de determinada orientação sexual ou em razão de sua

¹⁷ GULARTE, Jeniffer. Cremers arquiva sindicância de médica que negou atendimento a filho de petista. *Diário Gaúcho*, 6 out. 2016. Disponível em: <<http://diariogaucha.clicrbs.com.br/rs/dia-a-dia/noticia/2016/10/cremers-arquiva-sindicancia-de-medica-que-negou-atendimento-a-filho-de-petista-7692644.html>>. Acesso em: 1º jun. 2017.

religião. Em outras palavras, o médico pode alegar objeção de consciência para justificar discriminação? A resposta é negativa. Ninguém pode alegar objeção de consciência que produza qualquer distinção, exclusão, restrição de direito ou que tenha como efeito anular ou prejudicar o gozo de um direito. O ato de discriminar por qualquer motivo, incluindo a recusa de atendimento, não pode ser justificado pela objeção de consciência, porque não é condizente com o marco atual de direitos.

Um médico ativamente racista não pode se negar a atender um paciente negro, mesmo se isto lhe cause um significativo sofrimento emocional. Da mesma forma, um médico com fortes posições políticas não pode deixar de tratar um paciente com ideologias ou posições políticas contrárias às suas.

O direito à objeção de consciência não é absoluto. A recusa deve ser motivada, ser “relevante, estar relacionada à integridade moral do indivíduo e ser razoável para o marco dos direitos humanos”¹⁸. Além disso, quando exercida no âmbito do serviço público de saúde, devem autoridades aferir sua relevância e razoabilidade¹⁹.

Nos Estados Unidos, há um caso judicial similar ao discutido neste artigo. Guadalupe T. Benitez, médica, 33, vivia com sua companheira do mesmo sexo em São Diego. Ela estava fazendo tratamento devido à infertilidade no North Coast Women’s Care Medical Group, quando seu médico, Dr. Brody, recusou-se a continuar o tratamento alegando objeções religiosas para tratar homossexuais que buscavam a concepção por inseminação artificial. Benitez, então, ingressou com uma ação judicial acusando Dr. Brody de discriminação por orientação sexual. Guadalupe Benitez ganhou em todas as instâncias da Justiça. A Suprema Corte da Califórnia, em última instância, decidiu que a conduta do médico era discriminatória e que a legislação proíbe discriminação por orientação sexual, inclusive quando o ato discriminatório for motivado por crença religiosa²⁰.

Diferentemente da legislação norte-americana, a lei brasileira não possui uma lista fechada de critérios proibidos de discriminação. No Direito

¹⁸ DINIZ, Débora. Objeção de consciência e aborto: direitos e deveres dos médicos na saúde pública. *Rev. Saúde Pública [on-line]*, v. 45, n. 5 p. 981-985, 2011. Disponível: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102011000500021&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 26 abr. 2016.

¹⁹ Idem.

²⁰ ROSHELLI, Kristin M. Religiously Based Discrimination: Striking a Balance between a Health Care Provider’s Right to Religious Freedom and a Woman’s Ability to Access Fertility Treatment without Facing Discrimination. *St. John’s Law Review* 83, n. 3, 2012.

brasileiro, a objeção de consciência não pode ser utilizada como justificativa para qualquer forma de discriminação. Por essa razão, é inconstitucional a cláusula II, 2, da Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina que autoriza a alegação de objeção de consciência por médicos no uso de técnicas de reprodução assistida: “É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito à objeção de consciência por parte do médico”.

O direito à objeção de consciência confere o poder de se afastar de um procedimento que possa lhe provocar sofrimento moral em razão da rejeição moral ao procedimento realizado. A objeção de consciência pode ser alegada, enfatizamos, contra um procedimento, não contra uma pessoa. Se alegado contra uma pessoa ou contra um grupo em razão de alguma característica, ocorre discriminação. Um racista pode sofrer por tratar uma pessoa negra, mas seria imoral e antijurídico se ele se recusasse ou pudesse se recusar a tratar uma pessoa em razão de sua cor ou raça. Um religioso pode sofrer por realizar inseminação assistida em uma mulher homossexual, mas seria imoral e antijurídico se ele se recusasse ou pudesse se recusar a tratar pessoas em razão de sua orientação sexual. Um profissional da saúde não pode se recusar a realizar procedimentos de inseminação assistida. A ilicitude ética e jurídica está em realizar o procedimento em algumas pessoas e se recusar a realizar o mesmo tipo de procedimento em outras pessoas devido a razões discriminatórias.

4 AS RECUSAS DE TRATAR PERMITIDAS PELO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA NÃO AUTORIZAM ATOS DE DISCRIMINAÇÃO

No Código de Ética Médica, estão previstas mais duas cláusulas sobre recusa de tratamento: “Ocorrendo fatos que, a seu critério, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou o pleno desempenho profissional” (Capítulo V, art. 36, § 1º)²¹; direito a recusar assistência “a quem ele/ela não queira” (Capítulo II, inciso IX, segunda parte).

Os médicos têm o direito de recusar tratamento quando há fatos específicos que prejudicam a boa relação com o paciente ou o pleno desempenho

²¹ Código Brasileiro de Ética Médica. “Art. 36. Abandonar paciente sob seus cuidados. § 1º Ocorrendo fatos que, a seu critério, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou o pleno desempenho profissional, o médico tem o direito de renunciar ao atendimento, desde que comunique previamente ao paciente ou a seu representante legal, assegurando-se da continuidade dos cuidados e fornecendo todas as informações necessárias ao médico que lhe suceder”.

profissional. Por exemplo, o caso de o médico ser ofendido ou atacado pelo paciente. Quando a recusa é motivada por preconceito relacionado a alguma característica do paciente, o requisito normativo da ocorrência de fato específico não está presente. O art. 36 do Código de Ética Médica não pode ser interpretado de forma isolada, de modo a permitir conduta discriminatória ilícita. Por isso, toda recusa de tratar deve ser motivada e enfrentar o teste da licitude, ou seja, estar de acordo com as vedações éticas e legais.

Sugerimos um exercício de troca de situações em que se utilizem outros critérios proibidos, reformulando o caso com base em um critério religioso de recusa ou interrupção de atendimento. Um médico católico poderia se recusar a atender – ou atender precariamente – judeus e muçulmanos? Um médico de Israel poderia se recusar a atender pacientes palestinos? Ou iranianos? Poderia um médico de um Estado deixar de atender a um paciente de outro, como gaúchos, catarinenses, paranaenses, paulistas, capixabas, mineiros e cariocas se recusarem a atender nordestinos e nortistas? Um profissional da saúde nascido no sul ou no sudeste poderia legitimamente argumentar que ele indicaria um profissional da saúde nordestino ou nortista para que cada um atendesse apenas aqueles que nasceram na mesma região ou no mesmo estado? E quem nasceu em capitais poderia se recusar a atender quem nasceu no interior? Profissionais da saúde brancos poderiam se recusar a atender pacientes negros, desde que garantissem o atendimento por profissionais da saúde da mesma etnia? Heterossexuais poderiam se recusar a atender homossexuais ou bissexuais? Cissexuais poderiam se recusar a atender transexuais? Na década de 1970, caberia a recusa de atendimento a mulheres divorciadas? Faz diferença se a característica é do paciente ou de um ou de ambos os pais do paciente? Faz diferença se o atendimento é pelo SUS, por plano de saúde ou privado? Em consultórios particulares, há legitimidade para que o profissional da saúde diga quem quer e quem não quer atender?

Ao fazer o exercício da troca de critérios, podemos perceber que não se pode admitir uma interrupção do tratamento ou recusa de forma imotivada, ao arbítrio puro e simples do profissional da saúde, sob pena de sufragar uma situação sem controle do critério e, por essa razão, permitir a utilização de critério vedado pelo sistema normativo, ou seja, a adoção de critério discriminatório. Se, para alguém, não parece evidente que a recusa em todos os casos apresentados antes consiste em uma forma de discriminação, perguntamos: O que há de diferente nas formas de discriminação exemplificadas? E o que há de peculiar

na discriminação por razões políticas que faz com que muitos tenham vindo a público defender a médica que se recusou a atender um paciente devido à vinculação política dos seus pais?

Assim, ao trocarmos os critérios proibidos fica patente que a discriminação deva ser rechaçada. Não se trata da possibilidade de uma avaliação potestativa – unilateral e incontestável – por parte do profissional da saúde, mas de um profissional que está sujeito a limites éticos, inseridos no próprio Código da sua profissão e que necessita de uma leitura sistemática.

Por isso, médicos não podem recusar tratamento a pacientes quando a recusa é motivada por preconceito, mesmo que o médico alegue que isso possa prejudicar o seu pleno desempenho, afinal, a profissão médica envolve o esperado profissionalismo. Como afirmado no Capítulo I do Código de Ética Médica brasileiro: “*A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza*” (grifos nossos).

Esses argumentos são também válidos em relação à previsão normativa do Capítulo I, inciso VII, que trata do direito de recusar tratamento “a quem ele/ela não queira”. Essa previsão não pode ser interpretada de modo a conferir poder absoluto de recusar tratamento de saúde a outrem. Um médico racista não pode recusar tratamento a um paciente negro. Um médico homofóbico não pode recusar tratamento a um paciente homossexual. Um médico politicamente intolerante não pode recusar tratamento a um paciente cujos pais professam outra ideologia ou participam de partido político do qual o médico não gosta.

CONCLUSÃO: INTERSECÇÕES ENTRE O DIREITO À ANTIDISCRIMINAÇÃO E A ÉTICA MÉDICA

O ato de recusar atendimento por conta de características do paciente, como crenças, características físicas ou culturais, define a discriminação proibida pelo Direito brasileiro e pelo Código de Ética Médica. Objeção de consciência é um direito garantido pelo Código de Ética Médica e pela Constituição, que, assim como outras normas do Código de Ética que permitem recusa de atendimento, mas não pode ser usada para discriminar alguém.

Há de se distinguir, portanto, entre recusa legítima de atendimento e discriminação. Há discriminação quando a recusa for motivada por preconceito de qualquer espécie a respeito de determinada característica ou identidade do

paciente, tais como cor da pele, orientação sexual, gênero, obesidade, religião, filiação político-partidária ou filosófica, entre outras. No Brasil, a Constituição Federal veda qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV) e o Código de Ética Médica proíbe a discriminação sob qualquer pretexto (art. 23).

A recusa legítima ocorre em razão de fatos – nunca em razão de características dos pacientes – que tornem impossível a continuidade do atendimento, como é o caso de profissional ofendido pelo paciente, de incapacidade técnica ou por motivo de objeção de consciência. A objeção de consciência está legitimada quando determinados procedimentos – nunca características dos pacientes – violam a moral privada do profissional.

A recusa pode ser legítima em razão de determinados fatos ou procedimentos; entretanto, a discriminação está sempre vedada, em espaços públicos e em espaços privados, sob qualquer forma ou pretexto. Recusar atendimento devido à filiação política configura discriminação.

O respeito às diferenças é condição necessária para a existência de uma sociedade democrática e plural.

REFERÊNCIAS

DINIZ, Débora. Objeção de consciência e aborto: direitos e deveres dos médicos na saúde pública. *Rev. Saúde Pública [on-line]*, v. 45, n. 5, p. 981-985, 2011. Disponível: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102011000500021&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 26 abr. 2016.

GULARTE, Jeniffer. “Ela tem que se orgulhar”, diz presidente do Simers sobre pediatra que negou atendimento a filho de vereadora. *Diário Gaúcho*, 30 mar. 2016. Disponível em: <<http://diariogaucho.clicrbs.com.br/rs/dia-a-dia/noticia/2016/03/ela-tem-que-se-orgulhar-disso-diz-presidente-do-simers-sobre-pediatra-que-negou-atendimento-a-filho-de-vereadora-5612654.html>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

_____. Cremers arquiva sindicância de médica que negou atendimento a filho de petista. *Diário Gaúcho*, 6 jun. 2016. Disponível em: <<http://diariogaucho.clicrbs.com.br/rs/dia-a-dia/noticia/2016/10/cremers-arquiva-sindicancia-de-medica-que-negou-atendimento-a-filho-de-petista-7692644.html>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

LIMA, Firmino Alves. *Teoria da discriminação nas relações de trabalho*. Campus jurídico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MESTRE, Bruno. Discrimination by association: protected by EC Law but limiting the scope of Mangold. *European Law Reporter*, p. 304-305, 2008.

MOREIRA, Teresa Coelho. A discriminação dos trabalhadores em razão da deficiência na jurisprudência do TJUE: breve análise dos casos Chacón Navas, Jette Ring, Z. e Coleman. *R. Dir. Gar. Fund.*, Vitória, v. 15, n. 2, p. 265-294, jul./dez. 2014.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ROSELLI, Kristin M. Religiously Based Discrimination: Striking a Balance between a Health Care Provider's Right to Religious Freedom and a Woman's Ability to Access Fertility Treatment without Facing Discrimination. *St. John's Law Review* 83, n. 3, 2012.

Submissão em: 19.08.2020

Avaliado em: 30.08.2020 (Avaliador B)

Avaliado em: 16.08.2020 (Avaliador C)

Avaliado em: 26.11.2020 (Avaliador D)

Aceito em: 10.01.2021