

Volume: 5
Suplemento: 01

Brasília
2016



Cadernos Ibero-Americanos
de Direito Sanitário

Cuadernos Iberoamericanos
de Derecho Sanitario



Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário

EXPEDIENTE

Volume 5, Suplemento 1. Dez. 2016

A revista **CIADS – Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário** é uma publicação trilingue (português, espanhol e inglês), trimestral, de acesso livre, do Programa de Direito Sanitário da Fundação Oswaldo Cruz Brasília, dirigida a professores, pesquisadores e estudantes de Direito, de Ciências da Saúde e de Ciências Sociais; operadores do Direito; profissionais de saúde e gestores de serviços e sistemas de saúde. Seu objetivo é difundir e estimular o desenvolvimento do Direito Sanitário na região ibero-americana, promovendo o debate dos grandes temas e dos principais desafios do Direito Sanitário contemporâneo.

Editora Científica

Maria Célia Delduque Fundação Oswaldo Cruz Brasília

Editora Executiva

Cássia Pereira das Chagas Fundação Oswaldo Cruz Brasília

Conselho Editorial Científico

André Gonçalo Dias Pereira
Angel Pelayo Gonzáles-Torre
Giancarlo Corsi
Hernando Torres Corredor
Joaquín Cayon de las Cuevas
Jorge Tomillo Urbina
José Geraldo de Sousa Júnior
Lenir Santos
Marcio Iorio Aranha
Maria Helena Barros de Oliveira
Miriam Ventura da Silva
Paula Lobato de Faria

Universidade de Coimbra
Universidad Internacional Menéndez Pelayo
Università degli Studi di Reggio Emilia
Universidad Nacional de Colombia
Universidad de Cantabria
Universidad de Cantabria
Universidade de Brasília
Universidade Estadual de Campinas
Universidade de Brasília
Fundação Oswaldo Cruz
Universidade Federal do Rio de Janeiro
Universidade Nova de Lisboa

**Pareceristas Ad Hoc**

Adail Afrânio Marcelino do Nascimento	Faculdade da Grande Fortaleza
José Agenor Alvares da Silva	Fundação Oswaldo Cruz em Brasília
Agustín Carignani	Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba
Alethele de Oliveira Santos	Conselho Nacional de Secretários de Saúde
Ángela Ruiz Sáenz	Universidad de Cantabria
Angélica Carlini	Universidade Paulista
Armando Martinho Bardou Raggio	Fundação Oswaldo Cruz em Brasília
Caristina Robaina Aguirre	Universidad de Havana
Claudia Viviana Madies	Universidad Isalud
Clenio Jair Schulze	Tribunal Regional Federal
Daniel Pérez González	Universidad de Cantabria
Daniel Pitangueira de Avelino	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
Diana del Pilar Colorado Acevedo	Universidad Nacional de Colombia
Edith Maria Barbosa Ramos	Universidade Federal do Maranhão
Fábio de Barros Correia Gomes	Câmara dos Deputados
Fábio Ferreira Mazza	Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde
Fernanda Vargas Terrazas	Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde
Fernando Rovira Villademoros	Universidad Nacional de Uruguay
Geraldo Lucchese	Câmara dos Deputados
Guillermina Navarro Caballero	Universidad de Cantabria
Gustavo Merino Gómez	Universidad de Cantabria
Inmaculada Vival Tesón	Universidad de Sevilla
Ivaldo Trigueiro	Universidade Federal da Bahia
Janaína Machado Sturza	Università Degli Studi Di Roma La Sapienza
Jarbas Ricardo Almeida Cunha	Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome
José Francisco Nogueira Paranaguá	Fundação Oswaldo Cruz em Brasília
Krishina Day Ribeiro	Universidade Federal do Pará
Leonardo Di Colli	Secretaria de Estado da Saúde do Paraná
Letícia Canut	Centro Universitário Estácio de Sá de Santa Catarina
Maria João Estorninho	Universidade Nova de Lisboa
Maria Olga Sánchez Martínez	Universidad de Cantabria
Martinho Braga Batista e Silva	Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Mercia Pandolfo Provin	Universidade Federal de Goiás
Muna Muhammad Odeh	Universidade de Brasília
Natan Monsores	Universidade de Brasília
Raúl Pesquera Cabezas	Ministério de la Salud de Cantabria



Renata Barbosa de Almeida	Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira
Renata Curi Hauegen	Fundação Oswaldo Cruz Rio de Janeiro
Roberta de Freitas Campos	Fundação Oswaldo Cruz em Brasília
Rodrigo Garcia Schwarz	Universidade do Oeste de Santa Catarina
Rossana Maria Souto Maior Serrano	Universidade de Brasília
Sandra Mara Campos Alves	Fundação Oswaldo Cruz em Brasília
Sandra Regina Martini	Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Sephora Luyza Marchesini Stival	Universidade de Coimbra
Silvia Badim Marques	Universidade de Brasília - Campus Ceilândia
Victor Hugo de Almeida	Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho
Vitor Laerte Pinto Junior	Universidade Nova de Lisboa
Viviana Gaciela Perracini	Universidad de Cordoba
Yara Oyram Ramos Lima	Universidade Federal da Bahia

Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2016. vol. 5 supl. 1:1-181



Sumário

6-7	Editorial <i>Maria Celia Delduque</i>
	Artigos
8-25	Análise dos acórdãos proferidos pelo TJDF sobre medicamentos <i>Jéssica Galvão Mendes, Alethele de Oliveira Santos</i>
26-38	A criação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH): um estudo de caso <i>Renata Machado dos Santos Gomes</i>
39-60	A Certificação de Entidades de Assistência Social na área da saúde: alterações normativas 2008-2016 <i>Yegor Moreira Júnior, Sandra Mara Campos Alves, Lourdes Lemos Almeida</i>
61-76	Direito e Dever Constitucional Fundamental à Saúde e Responsabilidade Financeira e Criminal pelos Dinheiros Públicos <i>Gonçalo S. de Melo Bandeira</i>
77-99	Fragmentos axiológicos e eixos de afirmação do Direito da Medicina <i>João Vaz Rodrigues</i>
100-128	Acesso à inovação – investigação, ética médica, direitos dos doentes e recursos financeiros <i>Maria Paula Leite Ribeiro de Faria</i>
129-42	Requisição de prontuário ou ficha clínica no Brasil (Justiça, Ministério Público e Polícia) x Sigilo Médico <i>Roberta Fernandes Remédio Marques</i>
143-151	Constitutional guarantees generate negative externalities for the brazilian health system <i>Sandra Mara Campos Alves, Alethele de Oliveira Santos, Ivan Pricken de Bem, Talita Gomes, Maria Célia Delduque</i>
152-164	O Direito à Saúde como um direito humano em Moçambique <i>Orquídea Massarongo-Jona</i>
165-181	Medicalização e migrações internacionais: proteção de direitos e práticas de saúde no controle de fronteiras <i>Moisés Moreira Vieira</i>



EDITORIAL

A procura para publicação nos Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário aumentou de forma exponencial em 2016. Isso nos enche de alegria e satisfação pelo trabalho com o periódico, que aos poucos passa a ser de conhecimento não apenas na área do Direito Sanitário, mas também em outras áreas do conhecimento, que de alguma forma interagem com o direito ou a saúde.

O aumento do número de submissões de manuscritos ao CIADS fez com que pudéssemos publicar nosso primeiro suplemento, neste final de ano, a fim de dar vazão aos artigos de excelente qualidade que são submetidos e bem avaliados pelo nosso corpo de revisores.

Assim é que, pela primeira vez, estamos com o Suplemento 1 de 2016, na esperança de que possamos tornar a revista cada vez mais conhecida a fim de que, cada vez mais, possamos difundir conhecimento no Direito Sanitário, na Saúde Coletiva e áreas afins.

É com muito orgulho que apresentamos o primeiro suplemento de 2016 com 9 trabalhos, entre artigos inéditos, artigos de opinião de autores brasileiros e lusitanos, além de um trabalho de autoria moçambicana. Isso, apenas nos demonstra que o periódico está ganhando espaços para além da região preliminarmente concebida para sua divulgação.

Uma ferramenta de divulgação científica não poderia ter outro destino senão alargar seus limites de divulgação para abraçar não apenas a região pensada inicialmente, mas o mundo, a fim de poder difundir os conhecimentos sobre temas tão caros à vida e à saúde dos povos.

Neste suplemento, damos início também à publicação de artigos em inglês, a língua da ciência. Com a possibilidade de tradução de artigos para o idioma britânico os trabalhos publicados no CIADS alcançarão muito mais notoriedade além de um público mais extenso de leitores da língua de Shakespeare. Assim é que o trabalho de pesquisa da lavra de Alves *et al*, ganhou uma tradução para o inglês, inaugurando uma nova sistemática na edição da revista.

O texto refere-se à investigação sobre os argumentos trazidos aos autos pelos atores atuantes no processo judicial sobre saúde. Partindo da teoria dos argumentos, analisa-se o discurso dos pacientes, representados por seus advogados, do defensor da Fazenda



Pública e o discurso do julgador. O texto, com claras pretensões de chamar a atenção do público norte-americano revela um rigoroso trabalho metodológico de coleta de dados nos processos que julgam a política pública de saúde no Brasil, a fim de alertar que a judicialização está diretamente associada ao estabelecimento do direito à saúde na Constituição de 1988, fazendo com que a população passe a ter uma postura proativa em relação aos seus direitos não garantidos no cotidiano.

Outros temas também são trazidos a este suplemento, com a garantia de uma excelente leitura a todos que acessam a revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário.

Maria Célia Delduque
Editora Científica



Análise dos acórdãos proferidos pelo TJDF sobre medicamentos

Analysis of judgments delivered by TJDF on unregistered medicines

Análisis de sentencias dictadas por TJDF sobre los medicamentos no registrados en la ANVISA

Jéssica Galvão Mendes¹
Alethele de Oliveira Santos²

RESUMO: O presente artigo tem como tema geral a análise sobre a concessão de medicamentos sem registro nacional, pelo TJDF, nos anos 2013-2015. Apresenta, de forma sistematizada, os argumentos das decisões e a respectiva utilização dos fundamentos da suspensão de tutela antecipada (STA) 175 do Supremo Tribunal Federal (STF) e dos enunciados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por qualquer das partes envolvidas no processo, a partir de descrição analítica dos dados qualiquantitativos. Apurou-se, dos acórdãos pesquisados, que os fundamentos da decisão STA 175 e dos enunciados serviram de fundamento para a concessão do medicamento sem registro nacional em benefício do usuário, mesmo não havendo comprovação nacional acerca de sua eficácia e segurança – o que ocorreu em 62% dos acórdãos estudados.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Política de saúde. Comercialização de produtos. Vigilância Sanitária.

ABSTRACT: This article is general theme analysis on the provision of medicines no national registry at TJDF in the years 2013-2015. Has so systematized the arguments of decisions and their use of the foundations of the preliminary injunction suspension (STA) 175 the Supreme Court (STF) and the utterances of the National Council of Justice (CNJ) by either party to the process, from analytical description of qualiquantitativos data. It was found of respondent's judgments, the grounds for the decision STA 175 and statements provided the basis for granting the medicine without national registry on behalf of the user, even without national evidence about their effectiveness and safety - which occurred in 62 % of the studied cases.

Keywords: Right to Health. Health Policy. Marketing of product. Sanitary Surveillance.

RESUMEN: Este artículo es el análisis de temática general en el suministro de medicamentos sin registro nacional TJDF en los años 2013-2015. Ha de manera sistematizada los argumentos de las decisiones y el uso de las bases de la suspensión judicial preliminar (STA) 175 la Corte Suprema (STF) y las declaraciones del Consejo Nacional de Justicia (CNJ), por cualquiera de las partes en el proceso, de la descripción analítica de los datos cualitativos y cuantitativos. Se encontró de encuestados juicios, los

¹Bacharel em Saúde Coletiva pela Universidade de Brasília (UnB-DF). Especializando em Direito Sanitário pela Fundação Osvaldo Cruz (Fiocruz- DF). Email: j.galvaomendes@gmail.com

² Doutoranda em Saúde Coletiva pela Universidade de Brasília (UnB). Advogada. Assessora Técnica do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass). Email: alethele@ig.com.br



motivos de la decisión STA 175 y declaraciones servido de base para la concesión de la medicina sin registro nacional en nombre del usuario, incluso sin pruebas nacionales acerca de su efectividad y seguridad - que se produjo en el 62 % de los casos estudiados.

Palabras-llave: Derecho a la Salud. La política de Salud. Comercialización de los productos. La vigilancia Sanitaria.

Introdução

Considerando o tema controverso, o presente artigo, sem a intenção de esgotar o assunto, apresenta os principais pontos do debate que envolve o fornecimento de medicamento sem registro nacional, pelo Estado Brasileiro, mediante determinação judicial, seus fundamentos legais e os acórdãos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) nas ações judiciais julgadas nos anos 2013-2015, comparados à utilização dos argumentos apresentados pela decisão da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 175 e enunciados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

No Brasil, os direitos sociais foram considerados fundamentais na Constituição Federal de 1988 (1) definidos em seu título II, que trata “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” e os caracterizam como inegavelmente instrumentos de proteção e concretização do princípio da dignidade da pessoa humana (2).

A doutrina constitucional estabelece que as “normas definidoras de direitos fundamentais, mesmo os sociais, possuem uma força jurídica maximizada” (2). A afirmativa é ratificada por Barroso (3), para quem as normas não são apenas reconhecidas como documento jurídico, correspondendo unicamente ao exercício do Poder Legislativo e Executivo, o que leva a serem examinadas e atenderem “aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais”. Para Souza (4) tais garantias mostram que o Estado deve antes de disponibilizar tecnologias à sociedade, avaliá-las, para “atestar sua qualidade, eficácia e segurança”, de modo a atingir o fim social.

A atuação do Poder Judiciário, ao definir que a Administração Pública conceda ações e serviços “procura realizar a promessa constitucional de prestação universal do serviço de saúde” (3), que é um dos princípios do Sistema Único de Saúde (SUS).

Nesse contexto, o indivíduo que não vê sua necessidade em saúde atendida diretamente pelo Poder Executivo, recorre ao Poder Judiciário na intenção de ter contemplado seu pedido. Esse conjunto de ações judiciais que tramitam pelos tribunais, ficou comumente conhecido como judicialização da saúde. Contudo, os pleitos das ações



judiciais são cercados de complexidades próprias da área de saúde e uma delas refere à segurança dos pacientes na dispensação e uso de medicamentos.

A Administração Pública estabelece regras para o fornecimento de medicamentos à sociedade, de modo a garantir a eficácia, proteção e segurança do paciente na promoção, prevenção e tratamento de suas condições de saúde. A Lei nº 6.360/76 (5) instituiu que medicamentos, e outros produtos de saúde, químicos e cosméticos, inclusive os importados, não poderão ser industrializados e disponibilizados para consumo, sem antes obter o registro no órgão competente, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

Conforme conferido pela Lei nº 9.782/99 (6), compete também à Anvisa, o controle sanitário da produção, comercialização, fiscalização, e a edição de atos normativos infralegais que estabelecem as exigências de cumprimento as condições técnicas indispensáveis “para a comprovação da eficácia terapêutica e segurança do medicamento, elementos indispensáveis para o registro” (4).

Tal afirmativa é corroborada por Coli Nogueira (7) quando indica que a ausência do registro, colabora para a carência de monitoramento e avaliação das contraindicações ocorridas durante o consumo do fármaco e que cabe a “Anvisa proibir o uso do medicamento que se mostrou impróprio e prejudicial à saúde do indivíduo”. Assegura ainda que, a ausência de registro nacional impossibilita o controle de preço e a regulação sanitária no país.

Apresentada a atuação da Administração acerca do registro de medicamentos, cabe também demonstrar a posição da Corte Suprema do Brasil, sobre o assunto. A audiência pública nº04³, convocada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e presidida pelo Ministro Gilmar Mendes, teve por objetivo ouvir especialistas sobre o assunto da judicialização da saúde e seus impactos para a saúde pública. Acerca da exigência de registro nacional de medicamentos, os discursos indicaram que é vedado à administração pública o fornecimento de fármaco que não possua registro na Anvisa, o que foi confirmado na Suspensão de Tutela Antecipada 175 do STF (8):

O registro de medicamento, como ressaltado pelo Procurador-Geral da República na Audiência Pública, é uma garantia à saúde pública. E, como ressaltou o Diretor Presidente da ANVISA na mesma ocasião, a Agência, por força da lei de sua criação, também realiza a regulação econômica dos fármacos. Após verificar a eficácia, a segurança e a qualidade do produto e

³Audiência Pública sobre judicialização da saúde e seus reflexos na área da saúde. [Internet]. [Acesso em: 27 de out. de 2015]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura.pdf>



conceder-lhe o registro, a ANVISA passa a analisar a fixação do preço definido, levando em consideração o benefício clínico e o custo do tratamento.

Para o ministro Gilmar Mendes, o registro nacional tem características fundamentais para “atestar a segurança e o benefício do produto, sendo o primeiro requisito para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação” (8).

Para colaborar com os magistrados na análise e decisão das ações judiciais sobre medicamentos sem registro nacional, o CNJ editou a Recomendação nº 31 de março de 2010 (9) indicando análise mais aprofundada do caso concreto, a fim de evitar o “fornecimento de medicamentos sem registro nacional ou em fase experimental, ressalvada as exceções expressas em lei”.

Posteriormente, em abril de 2010, o CNJ publicou a Resolução nº 107 (10), que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitorar as resoluções de demandas judiciais do direito à saúde, sejam aquelas relacionadas ao SUS ou relacionadas à saúde suplementar. Compete ainda relatar que esse órgão de governança do poder judiciário, realizou nos anos 2014 e 2015, jornadas de direito sanitário com a emissão de enunciados interpretativos sobre saúde coletiva, suplementar e biodireito.

Para esse artigo interessam os enunciados números 04⁴, 06⁵, 09⁶ e 12⁷, que dizem respeito ao fornecimento de medicamentos sem registro nacional⁸.

O SUS, a partir das 3 esferas de gestão, estabelece suas políticas de medicamentos a partir da eficácia, segurança, evidências clínicas, existência de registro nacional e custo-efetividade. Uma análise feita pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no

⁴Enunciado nº 4 - Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêutica, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, III, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, do fármaco não protocolizado.

⁵Enunciado nº 6- A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados na ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei.

⁶Enunciado nº 9- As ações que versem sobre medicamentos e tratamentos experimentais devem observar as normas emitidas pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP) e Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), não se podendo impor aos entes federados provimento e custeio de medicamento e tratamentos experimentais.

⁷Enunciados nº 12- A inefetividade do tratamento oferecido pelo SUS, no caso concreto, deve ser demonstrada por relatório médico que a indique e descreva as normas éticas, sanitárias, farmacológicas (princípio ativo segundo a Denominação Comum Brasileira) e que estabeleça o diagnóstico da doença (Classificação Internacional de Doenças), tratamento e periodicidade, medicamentos, doses e fazendo referencia ainda sobre a situação do registro na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

⁸Jornada de Direito da Saúde. Conselho Nacional de Justiça. [Internet]. [Acesso em 2015, 8 de novembro]. Disponível em:

http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_1_5_5_14_r.pdf.



SUS (CONITEC)⁹ pode sugerir ou não, a incorporação daquela tecnologia no sistema público (11), o que é apreciado pelo Ministério da Saúde. Os medicamentos incorporados são apresentados na Relação Nacional de Medicamentos (RENAME) (12), originada da Política Nacional de Medicamentos, publicada em 2001 (13).

Interessa apresentar também os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT), cujo conceito é de Mendes:

Documento que estabelece critérios para o diagnóstico; tratamento; posologia e acompanhamento e verificação dos resultados além de efetivarem o papel fundamental para os processos de gerenciamento dos programas farmacêuticos no Brasil, e nos processos educacionais em saúde incluindo os profissionais e pacientes do sistema de saúde, nos aspectos legais envolvidos no processo de fornecimento de medicamentos e insumos terapêuticos (14).

Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas norteiam a assistência médica e farmacêutica, além de auxiliar os gestores como instrumento de apoio na disponibilização de procedimentos e na tomada de decisão quanto à aquisição e dispensação de medicamentos. Santos (15) expõe a necessidade dos PCDT alcançarem a argumentação jurídica, fundamentalmente nos “casos onde o pedido seja de fármacos não reconhecidos e não incorporados pelo SUS, ou que ainda que sejam experimentais”.

Recentemente, a mídia nacional¹⁰ discutiu a concessão de medicamento sem registro nacional, na judicialização da saúde. Trata-se do caso da substância fosfoetanolamina, pesquisada pelo Instituto de Química da Universidade de São Paulo (USP), anunciada como cura para o câncer.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi provocado a manifestar-se sobre o assunto e decidiu suspender o fornecimento da substância, por faltar-lhe evidências e outros requisitos exigidos para o registro nacional. O mesmo caso foi levado ao STF, que entendeu de forma diversa e permitiu que a substância fosse concedida aos pacientes que a requisitaram judicialmente¹¹. Em análise do caso, a professora de direito constitucional

⁹Brasil. Lei Federal nº 7.646 de 21 de dezembro de 2011. *Dispõe sobre a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde e sobre o processo administrativo para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo Sistema Único de Saúde - SUS, e dá outras providências.* [Internet]. [Acesso em 2015, 9 de novembro]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7646.htm

¹⁰Entre outros: Site G1. Notícia: Apresenta um alerta sobre cápsulas distribuídas como cura do câncer. [Internet]. [Acesso em 2015, 30 de outubro]. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/10/drauzio-varella-alerta-sobre-capsulas-distribuidas-como-cura-do-cancer.html>.

¹¹Notícia jornalística do TJSP sobre o assunto.



da Universidade de Brasília (UnB), Penalva (16) afirma que a decisão do Ministro do STF, Luiz Edson Fachin, está equivocada na medida em que compara o pleito pela substância Fosfoetanolamina com o exposto no Recurso Extraordinário (RE) 657.718/MG¹².

O caso do RE 657.718/MG refere processo em que foi solicitado medicamento sem registro nacional e sobre o qual foi reconhecida Repercussão Geral¹³ e que aguarda decisão da Suprema Corte acerca da tese: “em se tratando de remédio não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária ANVISA há a obrigatoriedade de o Estado o custear?”, que passará a balizar todos os tribunais brasileiros.

Em que pese grande parte do artigo encontrar fundamento nas premissas constituídas para a saúde pública (SUS), a saúde suplementar – regulada pela Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000 (17) também é condenada ao cumprimento de decisões judiciais que deferem a concessão de medicamentos sem registro nacional, ainda que a já mencionada lei, em seu artigo 10, V, proíba tal prática.

Metodologia

O presente artigo foi elaborado a partir da análise de dados qualitativos, apresentados de forma descritiva analítica, considerada a extração e leitura de acórdãos¹⁴ do TJDF que referem pleitos por medicamentos sem registro nacional – nos anos 2013 a 2015, a partir da utilização dos seguintes descritores: (1) Medicamentos sem registro, (2) SUS, (3) Não padronizados.

Tratou-se de base de dados pública, acessível livre e desembaraçadamente por qualquer interessado (18), constituindo pesquisa fundamentada totalmente em dados secundários.

Primeiramente, foi pesquisado exclusivamente o descritor “Medicamentos sem registro”, o que resultou em 71 acórdãos. Em segunda busca foi acrescido o segundo

Disponível em <http://www.tjsp.jus.br/institucional/canaiscomunicacao/noticias/Noticia.aspx?Id=28335>. [Internet]. [Acesso em 2015, 30 de outubro].

12 Sobre o RE 657.718/MG. [Internet]. [Acesso em 2015, 30 de outubro].

Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4143144>.

13 A Repercussão Geral é regida pela Lei n. 11.418 de 19.12.06 e a Resolução/ STF 417/09.

14 Acórdãos são as decisões colegiadas dos tribunais. O julgamento é o ato de decidir o processo e o acórdão é o documento escrito, composto pelo relatório e pelos votos de todos os Ministros que tenham participado do julgamento, que é efetivamente juntado ao processo. [Internet]. [Acesso em 2015, 8 de novembro].

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=entendadecisoess>.



descriptor “SUS” e foram encontrados 18 acórdãos. O terceiro descriptor, “não padronizados”, foi inserido na base de dados, em conjunto com os outros dois, apresentando como resultado 17 acórdãos. Essa estratégia foi utilizada uma vez que o primeiro descriptor, utilizado de forma isolada, possibilitou achados que referiram o sistema público e privado. O segundo descriptor pormenorizou os achados do sistema público e o terceiro deu-se em decorrência de expressão comumente encontrada nos acórdãos resultados de busca já realizada.

Portanto, foram identificados 106 (cento e seis) acórdãos acerca de pedidos de medicamento sem registro na Anvisa. Nesse contexto, é preciso esclarecer que não foram considerados processos que porventura corram em segredo de justiça, por não estarem publicizados.

Dos 106 acórdãos inicialmente encontrados, a partir de leitura flutuante (19), foram selecionados 26 (vinte e seis). Foram incluídas todas as decisões judiciais que referiram: (i) ações individuais; (ii) pleito por medicamento identificado como sem registro nacional; (iii) publicação nos anos 2013, 2014 e 2015 (até setembro); (iv) SUS ou Plano ou Seguro de Saúde (Saúde Suplementar); (v) algum dos descritores, excluindo-se os demais acórdãos.

Foram utilizadas, como material auxiliar e para dar fundamento aos achados, publicações, quer em capítulos de livros ou artigos científicos, levantamento da legislação, posicionamentos da agência reguladora nacional (Anvisa), decisão da STA 175 do STF e enunciados do CNJ, que refiram registro nacional de medicamentos.

Destaca-se que não é do escopo dessa pesquisa, a análise da aferição do objeto pleiteado judicialmente e as competências estabelecidas na política pública, como forma de indicar a legitimidade processual do ente público, menos ainda, qualquer referência acerca da solidariedade entre entes. A pesquisa refere-se exclusivamente à utilização dos argumentos da STA 175 do STF e dos enunciados do CNJ, afetos aos medicamentos sem registro no Brasil, por qualquer das partes envolvidas no processo (Distrito Federal, usuários e magistrados).

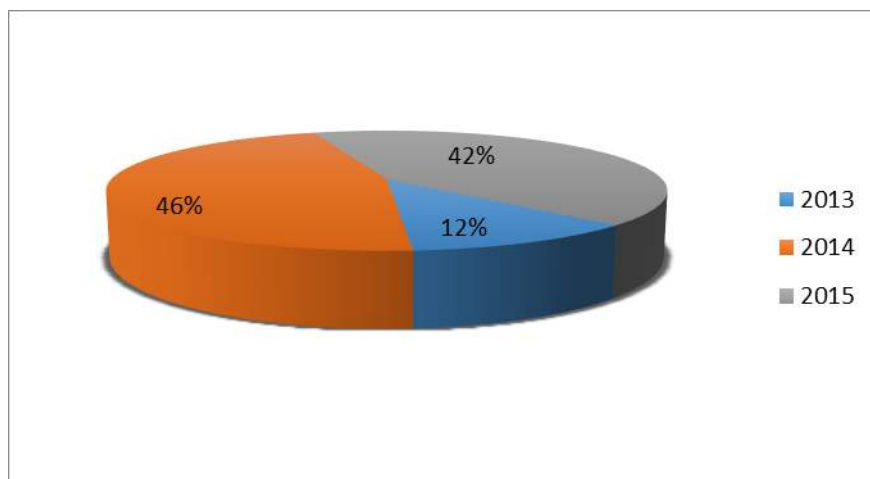
Coletados e organizados os dados, foram elaborados gráficos para apresentação didática de conteúdo e facilitação de análise, em especial, a discussão acerca da incidência dos enunciados 04, 06, 09 e 12 do CNJ e da decisão da STA 175 do STF, nas decisões judiciais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT).



Resultados e Discussão

Quanto aos achados, compete a observação do gráfico 1:

Gráfico 1: Acórdãos Proferidos pelo TJDF em processos que referem Medicamento Sem Registro Nacional – 2013-2015



Fonte: Elaborado com base em consulta dos acórdãos- TJDF, 2013-2015.

Foram encontrados 26 acórdãos quando somados os 3 anos pesquisados, sabendo que o último ano foi considerado até o mês de setembro. O ano de 2013, do cômputo total, contou com 12% de processos; o ano 2014 contou com 46%; e, 2015 42%. Esses dados identificam que um número cada vez maior de processos por medicamentos sem registro na Anvisa chega à instância recursal, o que pode denotar, um aumento da demanda. Essa afirmativa tem respaldo quando comparados os anos 2013 e 2014 e ainda, quando considerada a proporcionalidade do ano 2015, em face dos anos anteriores.

A título de informações gerais, outro dado interessante revela que 62,96% dos recursos apresentados para apreciação do TJDF, foram deferidos em favor do usuário do sistema público de saúde. Os argumentos apresentados pelo DF, como parte na ação, são fundados em leis federais, tais como a Lei 8.080/90, artigo 6º, inciso I (20), que versa o campo de atuação do SUS ou ainda, o que lhe foi posteriormente acrescentado pela Lei 12.401/11 (21), no que diz respeito aos PCDT.

Observados os fundamentos apresentados pelos usuários do SUS, para contraditar os fundamentos do recurso apresentado pelo DF, em 29,63% do total de acórdãos, foi

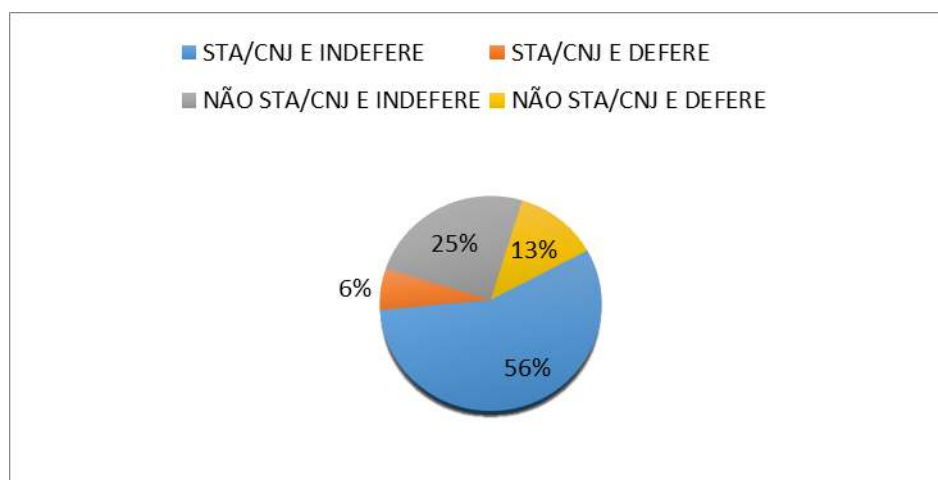


explicitado o uso dos argumentos: “direito à vida”, “dignidade da pessoa humana” e o “artigo 196 da CF/88” (1) e ainda o artigo 204 da Lei Orgânica da Saúde do Distrito Federal (DF) (22).

Do total de acórdãos analisados, 7,41% referiram à saúde suplementar e têm o Plano ou Seguro Saúde apresentando recurso sobre sentença que lhe tenha determinado concessão ou pagamento de valores referentes aos medicamentos sem registro na Anvisa e ainda, com relação ao dano moral causado ao beneficiário. Os fundamentos apresentados pelos Planos/Seguradoras referem, crime tipificado no Código Penal o fornecimento do fármaco.

Ultrapassadas as linhas gerais, nos acórdãos analisados, cabe apresentar o gráfico 2:

Gráfico 2: Utilização dos argumentos existentes na STA 175 do STF e Enunciados do CNJ nos acórdãos analisados, para deferir ou não a concessão de medicamentos sem registro nacional, a partir de recursos apresentados pelo Distrito Federal (DF)¹⁵.



Fonte: Elaborado com base em consulta dos acórdãos- TJDF, 2013-2015.

Os dados revelam que em 81% dos processos recorridos pelo DF, houve deferimento da concessão do medicamento sem registro nacional, sendo que desses, em 56% dos acórdãos há citação da STA 175 e enunciados do CNJ como fundamento para os acórdãos. No mesmo raciocínio, a não concessão do medicamento sem registro nacional

¹⁵Segundo o gráfico II, os 53% correspondem aos acórdãos nº 841247, nº 877668, nº877258, nº 841242, nº 831783, nº 786696, nº 782795, nº 894347 e nº851943; os 29% correspondem aos acórdãos nº 886151, nº 884481 e nº 865957. 12% correspondem aos acórdãos nº 857727 e nº 692013; e, os 6% corresponde ao acórdão nº 825837.



ocorreu em 19% do total de acórdãos e desses, em 6% a STA 175 foi utilizada como fundamento da decisão.

Nesse âmbito cabe apresentar a consideração de Silva (23), para quem a prática mostra a insuficiência dos parâmetros traçados para resolver os pleitos apresentados ao Poder Judiciário, que se referem a medicamentos sem registro na Anvisa. Para a autora, o judiciário é visto como pacificador de conflitos de interesses e, acaba exercendo papel de controle judicial das escolhas feitas pelo administrador.

Considerando que o maior percentual dos acórdãos se vale da decisão STA 175 e enunciados do CNJ para conceder medicamentos sem registro nacional, cabe demonstrar, as interpretações dadas à decisão do STF, pelos desembargadores do TJDFT. Cite-se, do acórdão nº 643755, de janeiro de 2013:

Não há que se falar, no caso, em impedimento absoluto, derivado da Lei 12.401/2011, que alterou a Lei 8.080/1990, de fornecimento de medicamento não registrado pela ANVISA, pois a vedação ali contemplada dirige-se a todas as esferas de gestão do SUS, não impedindo que possa o Judiciário, avaliando uma situação concreta e ponderando os bens e valores em conflito deixar de aplicar a referida vedação, privilegiando-se o valor de proteção à saúde de estatura constitucional, conforme entendimento do STF (Suspensão de tutela antecipada nº 175, DJe 182 de 28.09.09) ¹⁶ (grifo nosso).

Dos acórdãos que não mencionam a decisão STA 175 e os enunciados do CNJ e que corresponderam a 25% dos casos de concessão do medicamento sem registro, cabe apresentar, que seus fundamentos trazem expressões como “a falta do medicamento pode acarretar iminente risco à saúde do paciente”¹⁷, “o tratamento adequado lhe traz esperança de vida” ¹⁸.

¹⁶ Brasília. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Mandado de Segurança n. 643755. Apelante: Leila Carmen. Apelado: Distrito Federal. Relator: Flavio Rostirola. Janeiro, 2013. Jurisprudência do TJDFT. Brasília-DF, nov. 2015.

¹⁷ Brasília. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Mandado de Segurança n. 884481. Apelante: Distrito Federal. Apelado: Tania Mara Mascarenhas de Carvalho. Relator: Carlos Rodrigues. Julho, 2015. Jurisprudência do TJDFT. Brasília-DF, nov. 2015.

¹⁸ Brasília. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Mandado de Segurança n. 884481. Apelante: Distrito Federal. Apelado: Silvia Cristina Lacerda. Relator: Alfeu Machado. Janeiro, 2014. Jurisprudência do TJDFT. Brasília-DF, nov. 2015.



No acórdão nº886151¹⁹ há menção de que tanto a doutrina, quanto a jurisprudência reconhecem que o direito à preservação da saúde não pode ser interpretado como uma norma meramente programática. No caso que segue, o fundamento para a decisão judicial revela que o DF utilizou-se de argumentos específicos da política de saúde e que esses não foram considerados. Cite-se:

E na espécie, ainda que o Distrito Federal destaque que o remédio não esteja inserido na lista de medicamentos autorizados junto à Secretaria de Saúde [...], tampouco na relação nacional de medicamentos, tal situação, registre-se, de forma excepcional que o caso requer, não constituiria no presente caso, óbice para que o Estado forneça o tratamento.

Ainda em sede de debates e da demonstração da complexidade do tema, o mesmo acórdão 886151, com fundamento nos artigos 196 da CF/88 (1), 204 e 207 da Lei Orgânica da Saúde do DF (22), decidiu que:

O direito a saúde é dever do Agravante, de sorte que a Agravada, munida de relatório médico demonstrando a necessidade do fármaco, sob pena de ver tolhido o seu direito à saúde ou mesmo à vida.

Para a desembargadora tais direitos se sobrepõem em casos excepcionais que tratam de doenças graves e raras a qualquer norma infralegal. Considerando os fundamentos do acórdão, cumpre novamente recorrer à Silva (23), quando diz que é:

Imprescindível que os Tribunais pautem sua atuação não apenas nas circunstâncias fáticas peculiares do caso concreto, mas também observando o conteúdo das políticas públicas de saúde, no intercâmbio de informações e na promoção do fornecimento de mecanismos institucionais e multidisciplinares para a solução das demandas deste quilate.

Esses relatos podem denotar o quanto ainda é insuficiente, de forma geral, a relação do judiciário e a administração pública no que tange as complexidades da prestação dos serviços em saúde (14). Nesse ponto do debate, cabe referir à posição de Coli Nogueira (7):

Quando se busca resolver o acesso aos medicamentos pela via judicial, o que se está fazendo, é ignorar todo o processo de incorporação tecnológica dos novos medicamentos, que deve ser feita pela ótica da melhor medicina e não como base unicamente na opinião isolada do médico prescritor, muitas vezes sob a influência e pressão da indústria farmacêutica, ignorando o consenso científico e da melhor evidência, que apontem um caminho mais seguro, ainda que seja pela não liberação do registro pleiteado.

¹⁹ Brasília. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento n. 886151. Apelante: Distrito Federal. Apelado: Maria de Lurdes. Relatora: Gislene Pinheiro. Agosto, 2015. Jurisprudência do TJDF. Brasília-DF, nov. 2015.



Acerca da legitimação da prescrição médica, cabe mencionar o enunciado nº 12²⁰ do CNJ que indica a necessidade de relatório circunstanciado sobre as condições clínicas do paciente, refutando mera prescrição sem apresentação de fundamentos.

Sobre a legitimação dos “certificados de eficácia em outros países”, vale conhecer posicionamento de Penalva (16):

[...] indagar se a vigilância sanitária é pressuposto para o fornecimento de medicamentos é indagar se as ações de eliminação, diminuição e prevenção à saúde são dimensões do próprio direito à saúde. A análise de segurança, qualidade e a fixação de preço do produto são necessárias para à garantia do direito à saúde.

Em relação aos 13% dos acórdãos em que, apesar de não haver menção a STA 175 ou aos enunciados do CNJ, foi negada a concessão de importação de medicamento sem registro nacional nos casos em que a prescrição superava ao permitido nas normas da agência reguladora, contudo, autorizando que fosse importado o limite previsto. O acórdão nº 857727²¹ asseverou que “não há óbice legal para a importação do medicamento, na concentração permitida, e a sua dispensa ao autor”.

Os 6% dos acórdãos analisados, fundamentos a partir da STA175 e dos enunciados do CNJ, serviram para indeferir a concessão de medicamentos sem registro no Brasil. O acórdão que compõe esse percentual é nº 825837²² menciona que não foi demonstrada pelo prescriptor, a inefetividade do tratamento oferecido pelo SUS. O acórdão identificado assevera:

A ausência do registro junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária configura óbice à aquisição do medicamento em questão, uma vez que o seu ingresso no território nacional (importação de medicamento não registrado na ANVISA) configura crime tipificado no Código Penal Brasileiro (Art. 273, § 1º-B, I, do CP), conforme vem decidindo o egrégio Superior Tribunal de Justiça.

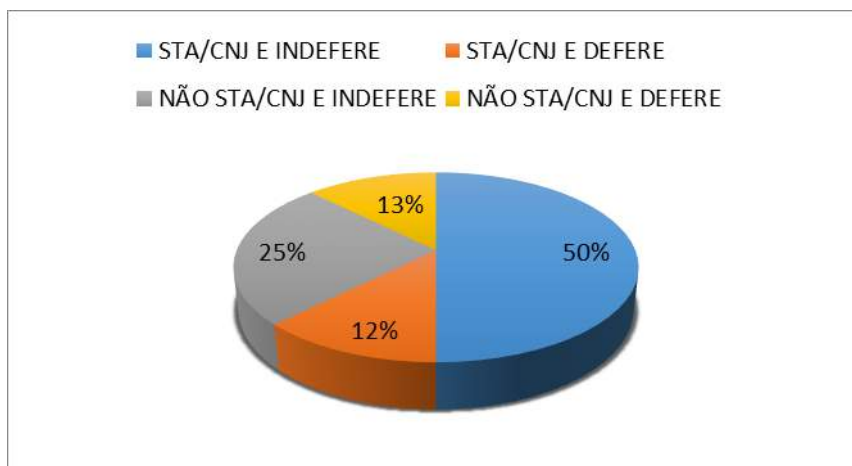
²⁰ Enunciados nº 12- A inefetividade do tratamento oferecido pelo SUS, no caso concreto, deve ser demonstrada por relatório médico que a indique e descreva as normas éticas, sanitárias, farmacológicas (princípio ativo segundo a Denominação Comum Brasileira) e que estabeleça o diagnóstico da doença (Classificação Internacional de Doenças), tratamento e periodicidade, medicamentos, doses e fazendo referência ainda sobre a situação do registro na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

²¹ Brasília. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação n. 857727. Apelante: Distrito Federal. Apelado: Arthur Rocha. Relator: Fernando Habibe. Março, 2015. Jurisprudência do TJDF. Brasília-DF, nov. 2015.

²² Brasília. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação n. 825837. Apelante: Distrito Federal. Apelado: Luís Fernando. Relator: Ângelo Passareli. Outubro, 2014. Jurisprudência do TJDF. Brasília-DF, nov. 2015.



Gráfico 3: Utilização dos argumentos existentes na STA 175 do STF e Enunciados do CNJ nos acórdãos analisados, para deferir ou não a concessão de medicamentos sem registro nacional, a partir de recursos apresentados pelos usuários do SUS.



Fonte: Elaborado com base em consulta dos acórdãos- TJDF, 2013-2015.

Em 50% dos acórdãos analisados, a partir de recursos apresentados pelos usuários do SUS, a STA 175 serviu de fundamento para o indeferimento do pleito por medicamentos sem registro na Anvisa. O acórdão 655207²³ expressa que “não pode o Poder Judiciário desconsiderar políticas públicas já implementadas”. Reconhece que esse é um conflito que deve ser analisado caso a caso, com as devidas ponderações entre princípios e leis:

[...] juridicamente o fornecimento, por via judicial, de medicamento que não possua o devido registro na ANVISA, constitui-se em provimento jurisdicional ilegal, nos termos do art. 12 da Lei nº 6.360/1976 c/c Art. 19-T da Lei 8.080/1990, alterada pela Lei 12.401 de 28 de abril de 2011 (grifo nosso).

Já o acórdão nº 877726²⁴ afirma que a ausência de registro junto ao órgão competente (Anvisa) configura óbice à aquisição do fármaco – conforme a STA 175 – e acrescenta que a importação de medicamentos sem registro em território nacional trata de crime tipificado no código penal.

²³Brasília. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Embargos de Declaração n. 655207. Apelante: Leila Carmen. Apelado: Distrito Federal. Relator: Flavio Rostirola. Fevereiro, 2013. Jurisprudência do TJDF. Brasília-DF, nov. 2015.

²⁴Brasília. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Regimento n. 877726. Apelante: Gilson Azolino. Apelado: Distrito Federal. Relator: Flavio Rostirola. Fevereiro, 2013. Jurisprudência do TJDF. Brasília-DF, nov. 2015.



No acórdão nº 643755²⁵, é mencionado pelo juiz a consideração do controle de preço efetuado pela Anvisa no momento do registro do produto, e que tal carência dificulta a apreciação dos medicamentos pela Administração pública.

No conjunto que refere 25% dos acórdãos que não mencionaram a STA 175 e nem as recomendações do CNJ, para justificar negativa à concessão de medicamento sem registro nacional, os argumentos encontraram guarida na Lei nº 6.360/76, artigo 12(5). O Acórdão 838724²⁶ estabeleceu que “nenhum produto, inclusive medicamentos, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registro no Ministério da Saúde”. Já o acórdão nº 847226²⁷ indicou como fundamento a Lei nº 12.401/11, que alterou a lei orgânica da saúde, no artigo 19-T e que reitera a vedação do fornecimento de medicamentos não registrados na Anvisa.

Observados os acórdãos que correspondem aos 13% e não se valem da STA 175, nem dos enunciados CNJ para a concessão do medicamento sem registro nacional - a partir dos recursos apresentados pelos usuários do SUS - vale apresentar a compreensão do acórdão nº 847226²⁸ cuja decisão descreve que negar o tratamento pretendido, por mais que não atenda aos PCDT do Ministério da Saúde, em face da inexistência de outro tratamento eficaz, significa pactuar com a violação à integridade e dignidade da pessoa humana em condição de fragilidade, conferindo preponderância às limitações normativas subalternas, o que é impensável e impraticável no âmbito da função jurisdicional do Estado, que é precisamente denunciar a injustiça e realizar o direito.

A representação de 12% dos acórdãos utiliza-se dos fundamentos da STA 175 para a concessão do medicamento sem registro no Brasil, e o acórdão nº 786663²⁹ ressalta que paciente portador de doença rara e grave, merece raciocínio diferenciado quanto ao

²⁵Brasília. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Mandado de Segurança n. 643755. Apelante: Leila Carmen. Apelado: Distrito Federal. Relator: AngeloPassareli. Julho, 2015. Jurisprudência do TJDF. Brasília-DF, nov. 2015.

²⁶Brasília. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Mandado de Segurança n. 838724. Apelante: Leandro de Borja. Apelado: Distrito Federal. Relator: Jair Soares. Dezembro, 2014. Jurisprudência do TJDF. Brasília-DF, nov. 2015.

²⁷Brasília. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento n. 847226. Apelante: Antonia Ferreira. Apelado: Distrito Federal. Relator: AngeloPassareli. Fevereiro, 2015. Jurisprudência do TJDF. Brasília-DF, nov. 2015.

²⁸Brasília. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento n. 847226. Apelante: Antonia Ferreira. Apelado: Distrito Federal. Relator: AngeloPassareli. Fevereiro, 2015. Jurisprudência do TJDF. Brasília-DF, nov. 2015.

²⁹Brasília. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento n. 786663. Apelante: Rodrigo de Oliveira. Apelado: Distrito Federal. Relator: Flavio Rostirola. Abril, 2014. Jurisprudência do TJDF. Brasília-DF, nov. 2015.



fornecimento do medicamento, ao afirmar que a regra do não fornecimento do medicamento sem registro na Anvisa, não é absoluta, e que em casos excepcionais a importação de medicamentos não registrado poderá ser autorizado.

Por fim, observado o conteúdo dos 7.41% dos acórdãos que se referem a saúde suplementar: os fundamentos que indeferiram recursos interpostos pelos planos e seguradoras não se valeram da STA 175 e nem dos enunciados CNJ – fundamentando-se na legislação que refere relação de consumo. Para ilustrar, cabe mencionar o acórdão nº 812398³⁰ que afirma que o risco à vida não pode ser preterido para privilegiar interesse patrimonial.

Considerações Finais

Por tudo que se apresentou, importa reafirmar o quão é complexa a discussão que envolve a solicitação judicial de medicamentos sem registro nacional e põe em confronto argumentos de diversas ordens.

Se de um lado há apresentação de regramentos legais sobre o fornecimento de medicamentos registrados na Anvisa, padronizados, incorporados ao SUS, com eficácia e segurança verificadas e atestadas, com preço regulado pelo Estado brasileiro, de outro há um direito à saúde que ultrapassa os dispositivos infralegais, a liberdade de prescrição do profissional médico, etc.

É possível inferir que tanto a STA 175, quanto os enunciados do CNJ indicam o não fornecimento de medicamentos não registrados no Brasil, muito embora, a maioria dos acórdãos defere os argumentos apresentados pelos usuários, sem referir-se aos aspectos da segurança do paciente, do controle de preços no mercado ou ainda da tipificação criminal.

Percebe-se, contudo, que os argumentos trazidos em segunda instância e notadamente utilizados nos acórdãos estudados, revelam um aprofundamento nas discussões sobre o direito à saúde. Para além dos dispositivos constitucionais, há um elenco de regramentos e disciplinas do direito à saúde apresentados ao debate, sendo ampla e continuamente discutidos.

³⁰ Brasília. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento n.812398. Apelante: Sul America Seguradora de Saúde. Apelado: Afonso Ubirajara. Relator: Gilberto Pereira. Agosto, 2014. Jurisprudência do TJDF. Brasília-DF, nov. 2015.



De forma incontestável a pesquisa é capaz de revelar a insuficiência de parâmetros para as decisões judiciais atualmente apreciadas, o que requer, na análise do caso concreto, capacidade de ponderação pelo magistrado, dos diferentes argumentos apresentados, quer pela Administração Pública, quer pelo usuário, quer pelo Plano/Seguro de Saúde.

Dessa forma é de crucial importância a decisão do STF acerca da repercussão geral sobre o fornecimento de medicamentos sem registro nacional, como forma de ofertar parâmetros para as decisões e disciplinar o assunto debatido nesse artigo, nos casos posteriormente considerados pelos tribunais de justiça.

Essa não é uma pesquisa que pode ser extrapolada, deve ser compreendida em seu contexto geograficamente restrito, mas ela é suficiente para demonstrar a necessidade de que se pesquise acerca das decisões judiciais sobre medicamentos sem registro, em nível nacional, com vistas a oferecer informação – hoje não evidente – aos tomadores de decisão, de qualquer dos poderes.

Referência

1 Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. [Internet] Brasília: Senado Federal, 2011. [Acesso em 8 nov 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.

2 Ana, KTTN. A judicialização pelo Ministério Público Federal do Direito à Saúde. In: Delduque MC; Alves SMC; Netto ND, organizadores. Direito Sanitário em Perspectiva. Brasília-DF; 2015. p. 497-520.

3 Barroso LR. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. Rio de Janeiro: 2007. [Acesso em 04 out 2015]. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>.

4 Souza MDC. Medicamentos sem registro e suas consequências. Conass, 2015. [Acesso em 2015, 04 de outubro]. Disponível em: http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_8B.pdf

5 Brasil. Lei Federal n. 6.360, de 23 de setembro de 1976. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. [Acesso em 4 set 2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6360.htm.



6 _____. Lei Federal n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. [Acesso em 4 set 2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9782.htm.

7 Coli Nogueira M. Medicamento sem registro: Legislação, causas para a demanda, danos à saúde e consequências para a gestão. Conass, 2015. [Acesso em 4 set 2015]. Disponível em: http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_26.pdf

8 Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada 175. [Acesso em 10 out 2015]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>.

9 Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação n. 31 de 30 de março de 2010. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. [Acesso em 10 out 2015]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>.

10 Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 107 de abril de 2010. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. [Acesso em 4 set 2015]. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_107_06042010_11102012191858.pdf.

11 Silva MMF. Da racionalidade das decisões judiciais nas demandas de fornecimento gratuito de medicamentos. In: Delduque MC; Alves SMC; Netto ND, organizadores. Direito Sanitário em Perspectiva. Brasília-DF; 2015. p. 608-626.

12 Ministério da Saúde. Relação Nacional de Medicamentos Essenciais. [Acesso em 8 nov 2015]. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2014/julho/09/livro-rename-2013-atualizado.pdf>

13 Ministério da Saúde. Política Nacional de Medicamentos. [Acesso em 4 set 2015]. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_medicamentos.pdf.

14 Mendes. JG. Análise de ações judiciais que envolvem pedidos de medicamentos não padronizados no sistema único de saúde: o caso do distrito federal. Universidade de Brasília, 2014.

15 Santos AO. Discursos proferidos na audiência pública da saúde do Supremo Tribunal Federal: uma análise à luz da teoria dos sistemas sociais. [Dissertação]. Brasília: Universidade de Brasília, 2013.

16 Penalva, J. Fosfoetanolamina: a quintessência da judicialização. [Acesso em 30 out 2015]. Disponível em: <http://jota.info/fosfoetanolamina-a-quintessencia-da-judicializacao>.



17 Brasil. Lei Federal n. 9.961 de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. [Internet]. [Acesso em 2015, 30 de outubro]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9961.htm

18 Site. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. [Acesso em 1º nov 2015]. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/>

19 Minayo, MCS. O Desafio do Conhecimento. Pesquisa Qualitativa em Saúde. 8ª ed. São Paulo: HUCITEC; 2007.

20 Brasil. Lei Federal nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. [Acesso em 8 nov 2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm

21 _____. Lei Federal nº 12.401 de 28 de abril de 2011. Altera a Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. [Acesso em 8 nov 2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm

22 Distrito Federal. Lei Distrital nº 60 de 20 de dezembro de 2011. [Acesso em 8 nov 2015]. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/70442>

23 Silva MMF. Da racionalidade das decisões judiciais nas demandas de fornecimento gratuito de medicamentos. In: Delduque MC; Alves SMC; Netto ND, organizadores. Direito Sanitário em Perspectiva. Brasília-DF; 2015. p. 608-626.

Recebido em: 15/12/2015
Aprovado em: 12/12/2016

Como citar este artigo:

Mendes JG, Santos AO. Análise dos acórdãos proferidos pelo TJDF sobre medicamentos sem registro na Anvisa, entre 2013-2015: o debate da autorização judicial e a política de saúde. *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. 2016 dez., 5 supl. 1:8-25.



A criação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH): um estudo de caso

The foundation of Brazilian Company of Hospital Services: a case study

La fundación de la Empresa Brasileña de Servicios Hospitalarios: un estudio de caso

Renata Machado dos Santos Gomes¹

RESUMO: Este artigo, de abordagem qualitativa, constitui-se em um estudo de caso sobre a criação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH). Com essa finalidade, o estudo descreve o processo e os instrumentos jurídicos que subsidiaram o debate para a estruturação da Empresa, destacando as dinâmicas políticas e sociais.

Palavras-chave: Reforma da Administração Pública. Hospitais Universitários. Empresa Pública.

ABSTRACT: This article, with a qualitative approach, is a case study on the creation of the Brazilian Company for Hospital Services (Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSERH). With this aim, the study describes the process and the legal instruments that aided and backed the debate to structure the Company, highlighting the political and social dynamics.

Keywords: Public Management Reforms. University Hospitals. Public Company.

RESUMEN: Este artículo, de abordaje cualitativo, constituye un caso sobre la creación de la Empresa Brasileña de Servicios Hospitalarios (EBSERH). Con este propósito, el estudio describe el proceso y los instrumentos jurídicos que han respaldado el debate para estructurar la Empresa, subrayando las dinámicas políticas y sociales.

Palabras-clave: Reforma de Gestión Pública. Hospitales Universitarios. Compañía Pública.

Introdução

A crise do Estado de Bem Estar Social, intensificada no fim da Segunda Grande Guerra, propiciou a disseminação de concepções neoliberais, sob a ideologia do Estado mínimo, especialmente na segunda metade do século XX (1). No Brasil, a promulgação do Decreto-Lei nº 200 (2), em 1967, pode ser considerada a primeira tentativa do governo de implementar esse novo conceito.

¹ Analista Técnico de Políticas Sociais. Corregedoria-Geral. Ministério da Saúde. Brasília – Distrito Federal. Brasil. E-mail: renatta.msgomes@gmail.com



Esse decreto inaugurou o processo de reforma da administração burocrática central. Uma das novidades foi a possibilidade da administração indireta contar com as empresas públicas. Segundo o inciso II do Art. 5º da referida norma legal (2), com a redação alterada pelo Decreto-Lei nº 900/1969 (3), denomina-se empresa pública:

(...) a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. (2) (3)

No governo Collor, nasceu o Programa Nacional de Desestatização, intensificando a redução do poder do Estado e as privatizações, entre os anos de 1990 e 1992. A partir de 1995, o governo Fernando Henrique estabeleceu o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, sob o comando de Bresser Pereira. A principal alegação para a mudança era a de que, diante da crise fiscal, uma administração rígida e burocrática atrasaria o desenvolvimento nacional. Em sendo assim, os serviços que não fossem de execução exclusiva do Estado, deveriam ser descentralizados ou, mesmo, privatizados (4).

O resgate da autonomia financeira e da capacidade de implementar políticas públicas seriam desencadeados por uma ampla Reforma do Estado, mediante o modelo gerencial de gestão com a redefinição do papel do Estado (4). Todavia há uma distinção entre aparelho do Estado e Estado. O aparelho do Estado constitui-se na estrutura organizacional do Estado, tendo “(...) o poder de legislar e tributar a população de um determinado território” (4). O Estado é o sistema constitucional-legal, com a prerrogativa de promover e regular o desenvolvimento.

Assim:

(...) reforçar a governança – a capacidade de governo do Estado – através da transição programada de um tipo de administração pública burocrática, rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, para uma administração pública gerencial, flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão (4).

No modelo gerencial, o controle mantém-se nos resultados, uma diferença marcante em relação ao modelo de administração pública burocrática, cujo controle tem foco nos processos. Dessa forma, baseava-se na definição de objetivos claros, e na garantia de autonomia do administrador na gestão de pessoas, materiais e de recursos financeiros (4).



No âmbito da saúde, essa perspectiva gerencialista começou a ser empreendida para tentar driblar a escassez de recursos humanos, materiais e financeiros pela qual passavam os hospitais universitários federais desde o final da década de 1980 (5). Essa situação foi agravada a partir da década de 1990, com Lei nº 8.080/90 (6) que estabeleceu no art. 45 a integração dos serviços dos hospitais universitários e de ensino ao Sistema Único de Saúde por meio de convênio.

Essa instituição normativa inaugurou a transição de hospitais-escola com atendimento para os que não tinham carteira assinada para hospitais gerais vinculados ao Sistema Único de Saúde, com atendimento aberto a toda a população, embora a gestão permanecesse com o Ministério da Educação (MEC) (5).

Essa mudança instaurou uma cooperação associativa entre as áreas da educação e da saúde. Com o convênio, houve uma igualdade jurídica entre todos os signatários e ausência de vinculação contratual. Pietro (7) conceitua convênio como “(...) a forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas, para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração”. Meirelles (8) argumenta que no convênio as partes têm interesses comuns e coincidentes, são partícipes com as mesmas pretensões.

A crise nesses hospitais intensificou-se nos anos 2000, levando o governo a iniciar uma série de discussões sobre o tema e a publicar, em 23 de maio de 2003, a Portaria Interministerial MS/MEC/MCT/MPOG nº 562/2003 (5), que criou uma comissão interinstitucional com representantes do Governo e da sociedade civil organizada. O objetivo dessa Comissão era avaliar e diagnosticar a situação dos HUFs e de ensino no Brasil, com o intuito de reorientar e formular a Política Nacional para o setor (5).

Inseridos nesse contexto, o MEC e o Ministério da Saúde (MS) instituíram em parceria alguns programas, como forma de amenizar essa crise, a exemplo do Programa de Reestruturação dos Hospitais de Ensino do MEC no Sistema Único de Saúde (SUS) (9) e do Programa de Reestruturação dos Hospitais de Ensino no âmbito do SUS (10) (11).

Na sequência, instituíram o Programa Nacional de Reestruturação dos Hospitais Universitários Federais – REHUF, mediante o Decreto nº 7.082/2010 (12). Um programa de financiamento paritário entre as áreas da educação e da saúde. Uma resposta provisória à crise de gestão pela qual passavam os hospitais vinculados às Instituições Federais de Ensino Superior (IFES) (12) (5).



O objetivo do Programa de Reestruturação, conforme descrito no caput do Art. 2º Decreto nº 7.082/2010 (12), era: “(...) criar condições materiais e institucionais para que os hospitais universitários federais pudessem desempenhar plenamente suas funções em relação às dimensões de ensino, pesquisa e extensão e à dimensão da assistência à saúde”.

O referido diploma normativo (12) foi regulamentado pela Portaria Interministerial Ministério da Saúde e do Ministério da Educação nº 883, de 5 de julho de 2010 (13), que divulgava entre outros assuntos, a relação dos 46 hospitais universitários que fariam parte do REHUF.

Para trazer equilíbrio à atuação do MEC e do MS no REHUF, além da participação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), foi instituído o Comitê Gestor do REHUF, responsável por analisar e aprovar as ações propostas no âmbito do Programa (14).

A decisão da descentralização dos recursos caberia ao Comitê Gestor do REHUF, composto por representantes do Ministério da Educação (MEC); Ministério da Saúde - MS; Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG); Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior (ANDIFES); Hospitais Universitários Federais (HUF); Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde (CONASS); e Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS) (12).

Entretanto, apesar da ampliação das fontes de financiamento para os hospitais universitários federais, a falta de profissionais devido a baixa regularidade de concursos públicos, induziu as universidades a contratar terceirizados, por meio de fundações de apoio (1).

Nessa ocasião, “(...) o governo começou a colocar em prática o que seria a sua mais recente tentativa de flexibilização do regime jurídico dos serviços de saúde do país: a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH) (...)”, mediante a promulgação da Lei nº 12.550/2011(14) (1).

A primeira atribuição delegada à EBSERH foi a contratação de pessoal, institucionalizando o processo e organizando a força de trabalho no âmbito dos hospitais universitários federais. Enquanto que o MS destinaria recursos para despesas correntes e de capital (12).



A EBSEERH atuaria no sentido de modernizar a gestão dos hospitais universitários federais, preservando e reforçando o papel estratégico desempenhado por essas unidades de centros de formação de profissionais e de assistência à saúde da população, no âmbito do SUS (14).

O evento de criação e estruturação da EBSEERH são o foco desta narrativa, discutido à luz das dinâmicas políticas e sociais.

Metodologia

O estudo empreendido, de abordagem qualitativa, constituiu-se em um estudo de caso.

(...) os estudos de caso evidenciam ligações causais entre intervenções e situações da vida real; o contexto em que uma ação ou intervenção ocorreu ou ocorre; o rumo de um processo em curso e maneiras de interpretá-lo; o sentido e a relevância de algumas situações-chave nos resultados de uma intervenção (...). (15)

Os dados secundários utilizados na análise documental de foram obtidos nos sítios da EBSEERH/MEC (<http://www.ebserh.gov.br/>) e da Câmara dos Deputados (<http://www2.camara.leg.br/busca/?q=ebserh&x=0&y=0>).

O levantamento da legislação e normativas infraconstitucionais foi realizado por meio do Sistema de Legislação de Saúde do Ministério da Saúde (Saúde Legis-www.saude.gov.br/saudelegis), do Sistema de Legislação Hospitalar da EBSEERH (EBlegis-http://eblegis.datalegis.inf.br/action/ResenhaAction.php?acao=recuperarResenhaModulo&cod_menu=999&cod_modulo=60).

De modo complementar, o trabalho contou com revisão de literatura sobre o tema a partir de textos obtidos na base de dados *Scielo*², no *Google Academics*³ e na Biblioteca Digital do Senado Federal⁴.

² <http://search.scielo.org/>

³ <https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&q=empresa+brasileira+de+servi%C3%A7os+hospitalares&btnG=&lr=>

⁴ http://www2.senado.leg.br/bdsf/discover?query=ebserh&submit=lr&filter_relational_operator_2=contains&filter_relational_operator_1=type&filter_relational_operator_1=notequals&filter_1=not%C3%ADcia+de+jornal



Resultados e Discussão

A aprovação da Medida Provisória nº 520, de 31 de dezembro de 2010, pelo então Presidente Lula, foi a primeira iniciativa legislativa a favor da EBSERH. A Medida, promulgada no final do segundo mandato presidencial, autorizava a criação da EBSERH, definia as respectivas competências, o regime jurídico, a forma de administração, além da possibilidade de firmar contrato com instituições federais de ensino, entre outros assuntos. (16)

Segundo o Relatório da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n.º 1.749, de 2011, a medida foi o resultado da determinação do Acórdão nº 1.520/2006 – Plenário do Tribunal de Contas da União para a regularização da força de trabalho de vários órgãos públicos que empregam trabalhadores terceirizados em situação ilegal (17).

Nesse contexto, o Poder Executivo, visando oferecer uma solução para a questão da força de trabalho terceirizada dos hospitais universitários, propõe que seja autorizada a criação de empresa pública destinada a apoiar as atividades dos hospitais universitários, com o emprego de pessoal admitido por concurso público, em substituição aos terceirizados recrutados por meio das fundações de apoio às universidades. (17)

Conforme define Mendes (18), uma medida provisória nos termos da Constituição Federal de 1988 (19), possui “(...) índole normativa emergencial”. Desse modo, perde a eficácia desde a sua concepção caso não seja convertida em lei no prazo Constitucional (sessenta dias prorrogáveis por igual período), conforme o art. 62 da CF/1988 (19).

Em sendo assim:

(...) são pressupostos formais das medidas provisórias a urgência e a relevância da matéria sobre que versam (...), sendo que para que se legitime a edição da medida provisória, há de estar configurada uma situação em que a demora na produção da norma possa acarretar dano de difícil ou impossível reparação para o interesse público. (18)

Mendes (18) assevera, ainda, que a medida provisória produz dois efeitos básicos ao ser editada: “(...) inova a ordem jurídica imediatamente e provoca o Congresso Nacional a deliberar sobre o assunto”.

Nesse aspecto, a MP nº 520/2010 recebeu parecer favorável da Câmara dos Deputados, mas antes que fosse votada no Senado Federal teve a vigência expirada, extinguindo-se a eficácia da normativa (16).



Por essa razão, em julho de 2011 foi apresentado à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 1749 (PL nº 1749) (20). Neste o Poder Executivo solicitava a autorização do Legislativo para criar a EBSEH, entre outros assuntos.

Em Carta anexada ao Projeto (EM Interministerial nº 00127/2011/MP/MEC, de junho de 2011), os Ministros da Educação e do Planejamento justificam a relevância e urgência da criação da EBSEH (20).

Com o argumento de uma solução jurídico-institucional sustentável, com base na estruturação de uma empresa pública, na solicitação (20) ressalta-se a finalidade pública das universidades, a vulnerabilidade dos hospitais universitários nesse contexto e declaram o desgaste do atual modelo jurídico de direito público:

4. A dupla finalidade pública - de assistência direta à população e de apoio ao ensino e à pesquisa das universidades – os diferenciam dos demais hospitais públicos e concede maior complexidade à sua gestão, que exige um nível de agilidade, flexibilidade e dinamismo incompatíveis com as limitações impostas pelo regime jurídico de direito público próprio da administração direta e das autarquias, especialmente no que se refere à contratação e à gestão da força de trabalho. A atual a força de trabalho dos hospitais universitários é composta por 70.373 (setenta mil, trezentos e setenta e três) profissionais, dos quais 26.556 (vinte e seis mil, quinhentos e cinquenta e seis) são recrutados por intermédio das fundações de apoio das universidades, sob diversos formatos legais: pelo regime celetista (CLT), por contratos de prestação de serviços (terceirização) e outros formatos que caracterizam vínculos precários sob a forma de terceirização irregular. 5. Desde os anos 90, os hospitais universitários expandiram suas atividades sob bases institucionais frágeis e não sustentáveis em longo prazo, o que tem acarretado distorções, problemas cumulativos e vulnerabilidade jurídica. (20)

Na ocasião, a Presidente, mediante a Mensagem nº 236 (21), recomendou urgência ao Congresso Nacional nas deliberações a respeito da aprovação da Lei de criação da EBSEH. E, na sequência, publicou o Ato da Presidência de 05/07/2011 criando a Comissão Especial destinada a proferir parecer sobre o referido PL (22).

Os três meses de análise da proposta, inicialmente pela Câmara dos Deputados, resultaram em alguns vetos e na Redação Final publicada e encaminhada ao Senado em 20 de setembro de 2011 (17) (23).

Dentre as nove emendas propostas estão a garantia da autonomia Constitucional dada as Universidades na administração de suas unidades hospitalares, com o veto do Art. 6º, § 3º, impedindo a administração, pela EBSEH, de unidades hospitalares integrantes



de universidades federais, por constatação de inconstitucionalidade; o veto ao caput do Art. 3º, excluindo da redação do dispositivo a realização de atividades finalísticas, como a prestação de serviços gratuitos de assistência médico hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade (17).

No Senado, o PL 1749/2011 (20), identificado como o Projeto de Lei da Câmara nº 79, de 2011, foi aprovada pelo Plenário em 19 de dezembro de 2011 e transformado em norma jurídica, originando a Lei nº 12.550/2011 (14).

De acordo com a Lei nº 12.550/2011 (14), a finalidade da EBSEH era dar prosseguimento ao processo de recuperação dos hospitais universitários federais, passando a ser o órgão do MEC responsável pela gestão desse Programa de Reestruturação, por meio de contrato firmado com as universidades federais que assim optassem.

Sendo a adesão à EBSEH pelos Hospitais Universitários Federais voluntária, até 2014, 23 dos 49 HUFs já tinham firmado contrato com a Empresa, conforme descrito no relatório de uma Auditoria realizada pela Controladoria Geral da União (CGU) (24):

(...) verifica-se que a EBSEH é uma empresa pública que, devido a seu curto tempo de existência, está construindo sua estrutura organizacional e estabelecendo, desta forma, seu ambiente interno, apesar das lacunas existentes. No entanto, sua estrutura de controles internos, em fase de construção, está exposta aos riscos decorrentes de sua rápida expansão, pois até janeiro/2014 já tinha assumido o compromisso de gerir 23 hospitais universitários. (24)

Uma empresa pública, com personalidade jurídica de direito privado e patrimônio próprio (14). Pertence à administração indireta, vinculada ao Ministério da Educação, mas administrativamente e financeiramente autônoma (8).

Meirelles (8) explica que:

(...) o legislador procurou garantir a autonomia dessas entidades através de normas impeditivas de sua burocratização, de modo a lhes conceder ampla liberdade de ação na consecução de seus fins. Assim é que as considera vinculadas, e não subordinadas, aos respectivos Ministérios (...). (8)

Empresas públicas, conforme definiu Meirelles (8):

(...) pessoas jurídicas de Direito Privado, instituídas pelo Poder Público mediante autorização de lei específica, com capital exclusivamente público,



para a prestação de serviço público ou a realização de atividade econômica de relevante interesse coletivo, nos moldes da iniciativa particular, podendo revestir qualquer forma de organização empresarial. (8)

Mello (25) acrescenta que empresa pública federal é criada por força de autorização legal como instrumento de ação do Estado, e que, embora tenha personalidade de Direito Privado, submete-se a certas regras especiais devido seu papel coadjuvante da ação governamental.

Nesse contexto, considera-se o debate sobre a criação de uma Empresa Pública para gerenciar os hospitais universitários federais e afins. Conforme March (26) a decisão do governo pela criação da EBSEH integra:

(...) as medidas adotadas desde o primeiro governo de Luiz Inácio Lula da Silva até o atual governo de Dilma Rousseff que operam a contrarreforma do Estado em sua dimensão administrativa e que guardam elementos de continuidade com o governo de Fernando Henrique Cardoso, em particular com o Plano Diretor da Reforma do Estado do então ministro de Estado Bresser Pereira (...). (26)

Vignoli Neto (1) afirma que o modelo administrativo sob o qual se fundamenta a EBSEH seria incompatível com “(...) o novo paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, que situa os serviços públicos sob o regime jurídico de direito público”. Esse modelo, segundo Sodré et al (27), “(...) implica uma escolha legislativa pela relativização das normas de direito público, flexibilizando-as”.

Considerações Finais

A Reforma da Administração Pública, institucionalizada e intensificada a partir do ano de 1995, baseou-se na perspectiva de flexibilizar algumas características do modelo burocrático, com foco nos resultados, sob o argumento da promoção de eficiência e da inovação administrativas.

Embora tenha sido fundada vinte anos depois, a EBSEH, com sede em Brasília, integra o conjunto desse processo. A concepção dessa Empresa Pública de Direito Privado envolveu uma mudança na prática de gestão, oportunizada pela crise dos hospitais universitários federais, principalmente devido às irregularidades constatadas pelo Tribunal de Contas da União na contratação de profissionais.



Entretanto, o processo de implementação da Empresa nos territórios em que se localizam os hospitais universitários federais, deve considerar, a vocação para o ensino e a pesquisa dessas instituições, bem como a necessidade de saúde da região, estando sensível ao perfil demográfico e epidemiológico da população a ser assistida por esses serviços.

Por essa razão, as diretrizes do Sistema Único de Saúde, como universalidade, equidade, integralidade, e os respectivos princípios desse Sistema, a exemplo da participação do cidadão e da resolubilidade, são questões que devem ser resgatadas diante dos valores privados presentes no gerenciamento dos serviços públicos hospitalares pela EBSEH.

Ademais, ainda é cedo para afirmar as consequências da atuação da EBSEH. Nesse percurso, legitimidade e confiabilidade são critérios que devem ser perseguidos. Porque sendo a adesão à EBSEH voluntária, a imposição não seria uma opção diante da autonomia constitucional garantida pela Constituição às Universidades Públicas do país.

Referências

- 1 Vignoli Neto O. A flexibilização do regime jurídico de Direito Público na prestação de serviços públicos: estudo sobre a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSEH). *Revista do CAA*, 2013, XIX (1): 11-130. p.119
- 2 Brasil. Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967. *Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências*. [Internet]. Brasília, 25 fev 1967 [Acesso em 12 dez 2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm
- 3 Brasil. Decreto-Lei 900, de 29 de setembro de 1969. *Altera disposições do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967, e dá outras providências*. [Internet]. Brasília, 29 set 1969 [Acesso em 12 dez 2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0900.htm
4. Brasil. Câmara da Reforma do Estado. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. [Internet]. 1995 [Acesso em 26 dez 2015]. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf> pp. 12; 13
- 5 Barros RT. Modelos de gestão na administração pública brasileira: reformas vivenciadas pelos hospitais universitários federais. *RMP - Revista dos Mestrados Profissionais*. Jan./jun. 2013 [Acesso em 24 ago 2015], 2 (1): 252-280. Disponível em: <http://www.repositorios.ufpe.br/revistas/index.php/RMP/article/view/325>



6 Brasil. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. *Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências*. Brasília, 19 set 1990 [Acesso em 15 ago 2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm

7 Pietro MSZD. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas S.A.; 2014.

8 Meirelles HL, Aleixo DB, Burle Filho JE. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores; 2015.

9 Brasil. Ministério da Saúde/Ministério da Educação. Portaria Interministerial nº 1.006, de 27 de maio de 2004. *Cria o Programa de Reestruturação dos Hospitais de Ensino do Ministério da Educação no Sistema Único de Saúde – SUS*. Diário Oficial da União Brasília, 27 maio 2004 [Acesso em 01 nov 2015]. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2004/anexo/anexo_pri1006_27_05_2004.pdf

10 Brasil. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 1.702, de 17 de agosto de 2004. *Cria o Programa de Reestruturação dos Hospitais de Ensino no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, e dá outras providências*. Diário Oficial da União. Brasília, 18 ago 2004 [Acesso em 01 nov 2015]. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2004/prt1702_17_08_2004.html.

11 Martins VF. Hospitais universitários federais e a nova reestruturação organizacional: o primeiro olhar, uma análise de um hospital universitário. *Revista de Administração e Contabilidade*. Faculdade Anísio Teixeira, Feira de Santana, Bahia, 3 (2): 4-22, julho/dezembro, 2011.

12 Brasil. Decreto nº 7.082, de 27 de janeiro de 2010. *Institui o Programa Nacional de Reestruturação dos Hospitais Universitários Federais (REHUF)*. [Acesso em 24 ago 2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7082.htm

13 Brasil. Ministério da Saúde/Ministério da Educação. Portaria Interministerial nº 883, de 5 de julho de 2010. *Regulamenta o Decreto nº 7.082, de 27 de janeiro de 2010*. Diário Oficial da União [Acesso em 24 ago 2015]. Disponível em: http://www.ebserh.gov.br/documents/15796/65717/portaria_rehuf.pdf/43686833-d346-489d-ab13-4a3a6b9cd075.

14 Brasil. Lei nº 12.550, de 15 de dezembro de 2011. *Autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSERH*. Brasília, 15 dez 2011 [Acesso em 26 ago 2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12550.htm

15 Minayo MCS. *O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde*. São Paulo, Hucitec; 2008.



16 Brasil. Senado. Medida Provisória nº 520 de 2011. Autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares S.A. - EBSEH e dá outras providências. Brasília, 31 dez 2010 [Acesso em 26 ago 2015]. Disponível em: <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/45/2010/520.htm>

17 Brasil. Câmara dos Deputados. *Relatório da Comissão Especial responsável pela análise do Projeto de Lei 1749/2011*. 2011 [Acesso em 27 dez 2015]. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=511029>

18 Mendes GF, Branco PGG. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva; 2015. p. 914

19 Brasil. Presidência da República. *Constituição Federal*. 1988 [Acesso 20 ago 2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

20 Brasil. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1749, de 2011. 2011 [Acesso 20 dez 2015]. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F58ADD484EA7B13BFB650FF922547C03.proposicoesWeb2?codteor=895783&filename=PL+1749/2011

21 Brasil. Câmara dos Deputados. Mensagem Presidencial nº 236 de 19 de julho de 2011. [Acesso em 26 dez 2015]. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C4E516FB8340A9B76AC2DA838CFC5836.proposicoesWeb2?codteor=895797&filename=Tramitacao-PL+1749/2011

22 Brasil. Ato da Presidência de 05 de julho de 2011. [Internet]. [Acesso em 29 dez 2015]. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F58ADD484EA7B13BFB650FF922547C03.proposicoesWeb2?codteor=896072&filename=Tramitacao-PL+1749/2011

23. Brasil. Câmara dos Deputados. *54ª Legislatura - 1ª Sessão Legislativa Ordinária*. [Acesso em 29 dez 2015]. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/ordemdodia/ordemDetalheReuniaoPle.asp?codReuniao=27040>

24 Brasil. Controladoria Geral da União. Relatório de Auditoria Anual de Contas. *Unidade Auditada: Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares*. Exercício 2013. Brasília, 26 set 2014: 10 [Acesso em 20 out 2015]. Disponível em: <http://sistemas2.cgu.gov.br/relats/uploads/RA201407932>

25 Mello CAB. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores; 2015.

26 March C. A Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares, universidades públicas e autonomia: ampliação da subordinação à lógica do capital. DF, ano XXI, nº 49, janeiro de



2012; p. 62. [Acesso em 20 out 2015]. Disponível em: <http://apur.org.br/wp-content/uploads/2013/09/imp-pub-1142951595.pdf>

27 Sodré F, Littike D, Drago LMB, Perim MCM. Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares: um Novo Modelo de Gestão? *Serviço Social e Sociedade*, abr/jun, 2013; 114: 365-380.

Recebido em: 3/1/2016
Aprovado em: 11/11/2016

Como citar este artigo:

Gomes RMS. A criação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH): um estudo de caso. *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. 2016 dez., 5 supl. 1:26-38.



A Certificação de Entidades de Assistência Social na área da saúde: alterações normativas 2008-2016

The Social Assistance Entities Certification in healthcare: legislative changes 2008-2016

La Certificación de Entidades de Asistencia Social en Salud: cambios normativos 2008-2016

Yegor Moreira Júnior¹
Sandra Mara Campos Alves²
Lourdes Lemos Almeida³

RESUMO: A contratualização de estabelecimentos de saúde pelos gestores públicos é uma realidade em todo território nacional para complementar a rede pública na efetivação do direito constitucional à saúde. O presente artigo teve como escopo realizar levantamento das alterações legislativas ocorridas entre o período de 2008 a 2016 para concessão e renovação do Certificado de Entidades Beneficentes de Assistência Social na área da saúde-CEBAS-SAÚDE. O estudo tem natureza descritiva e analítica, a partir da pesquisa normativa. Dos nove atos normativos que tratam sobre o assunto, verificou-se modificações significativas quanto aos legitimados para obtenção do CEBAS-SAÚDE, à competência para certificar as entidades postulantes, ao prazo de validade e do pedido de renovação e as alternativas para não prestação de 60 % dos serviços de saúde ao Sistema Único de Saúde-SUS. Conclui-se que houve alterações favoráveis às entidades beneficentes da área da saúde, mas isso não significa necessariamente incremento à rede pública de saúde.

Palavras-chave: Contratualização de Serviços de Saúde. Certificação de Entidades Beneficentes de Assistência Social em Saúde. Direito à Saúde.

ABSTRACT: The hiring of healthcare companies by public managers is a reality throughout the country to complement the public health system net in the realization of the constitutional right to health. This article was scoped to carry out a survey of legislative changes between the period 2008 to 2016 for concession and renewal of the Social Welfare Charitable Entities Certificate in Health-CEBAS-SAÚDE. The study has descriptive and analytical nature, from the legislative research. From 9 legal acts that deal with the subject, there has been significant changes as to legitimized to obtain the CEBAS-SAÚDE, the competence to certify candidates entities, the expiration date and the renewal application and the alternatives for not providing 60 % of health services to the SUS Health-

¹ Mestre em Ciências-Jurídicas Internacionais pela Universidade de Lisboa, reconhecido pela Universidade Federal de Goiás-UFG, consultor da Organização Pan-Americana de Saúde-OPAS junto à Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, advogado e professor universitário na faculdade CECAP. Brasília – Distrito Federal. Brasil E-mail: yegormoreira@hotmail.com

² Pesquisadora colaboradora e docente do Programa de Direito Sanitário da Fiocruz Brasília. Doutoranda em Saúde Coletiva, UnB; mestre em Política Social. Brasília – Distrito Federal. Brasil. E-mail: smcalves@gmail.com

³ Mestre em Saúde Coletiva pela Universidade de Brasília. Gerente do Núcleo de Gestão e Planejamento do Conselho Nacional de Secretários de Saúde – Conass. Brasília – Distrito Federal. Brasil. E-mail: lourdes.almeida@conass.org.br



System. It follows an amendment favorable to the charitable health organizations, but that does not necessarily mean increasing and improvement the public health system and must to be analysed and discussed.

Keywords: Contracting health services. Certification Charities of Social Assistance in Health. Right to Health.

RESUMEN: La contratación de los servicios de salud por los administradores públicos es una realidad en todo el país para complementar el público en el ejercicio del derecho constitucional a la salud. Este artículo fue con ámbito para llevar a cabo un estudio de los cambios legislativos entre el período de 2008 a 2016 para la concesión y renovación del Certificado de Entidades de Bienestar Social en salud-CEBAS-SALUD. El estudio es la naturaleza descriptiva y analítica, de la investigación normativa. A partir de nueve actos normativos que tienen que ver con el tema, ha habido cambios significativos en cuanto a legitimado para obtener el CEBAS-SALUD, la competencia para certificar candidatos entidades, la fecha de vencimiento y la solicitud de renovación y las alternativas para no proporcionar 60 % de los servicios de salud a la Salud-Sistema SUS. De ello se desprende una modificación favorable para las organizaciones de salud de caridad, pero eso no significa necesariamente un incremento el aumento de la salud pública.

Palabras-llave: La Contratación de Servicios de Salud. Certificación de Organizaciones Benéficas de la Asistencia Social en Salud. Derecho a la Salud.

Introdução

A relação entre o setor privado e o Estado na prestação de serviços públicos de saúde não é recente e tem sido cada vez mais intensa.

Com fundamento no parágrafo primeiro do artigo 199 da Constituição Federal – CF de 1988 e no artigo 24 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, a participação complementar no Sistema Único de Saúde - SUS, é possível quando as disponibilidades de oferta de serviços na rede pública de saúde são insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área. Diante disso, o gestor estadual ou municipal pode complementar a oferta dando a devida preferência às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, e no caso de persistir a necessidade de complementação é permitido recorrer à iniciativa privada, observado o disposto na Lei nº 8.666, de 1993 para a contratualização. Estima-se que pelo menos 89 % dos estabelecimentos privados de saúde prestam serviços ao SUS (1).

Dados revelam que atualmente, a rede hospitalar beneficente é responsável por 37,98% dos leitos disponíveis no SUS, distribuídos em 6,3 mil estabelecimentos em todo o Brasil. Desse total, 1,7 mil são hospitais beneficentes que prestam serviços ao SUS e



aproximadamente mil são os municípios cuja assistência hospitalar é formada somente por Santas Casas e Hospitais Filantrópicos. (2) (3)

Para atrair essas entidades, o Estado utiliza incentivos financeiros e tributários como a isenção de contribuições para a seguridade social prevista no texto constitucional – alínea c do inciso VI do artigo 150 e §7º do artigo 195, e o Programa de Reestruturação e Contratualização dos Hospitais Filantrópicos Sistema Único de Saúde, que destina repasse de recursos financeiros às entidades contratadas. Estima-se que a renúncia fiscal ou gastos tributários⁴ de contribuição previdenciária devida as entidades filantrópicas, no ano de 2015, girou em torno de R\$ 10 bilhões. Insta lembrar que ao deixar de arrecadar parte dos tributos, o Estado age como se estivesse realizando um pagamento. (4) (5).

O principal requisito para a entidade sem fins lucrativos em saúde ter acesso a esses incentivos é a obtenção da Certificação de Entidade Beneficente de Assistência Social - CEBAS. Antes concedido exclusivamente pelo Conselho Nacional de Assistência Social, do Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome, a partir da Medida Provisória-MP nº 446, de 07 de novembro de 2008, passou a ser conferido também pelos Ministérios da Saúde e da Educação, ficando cada setor responsável pela certificação na sua área. O Ministério da Saúde, por meio da Secretaria de Atenção à Saúde, é responsável pela condução do processo de concessão ou renovação da Certificação de Entidades Beneficentes de Assistência Social na área da saúde, CEBAS-SAÚDE (6).

Dessa forma, as entidades reconhecidas como beneficentes de assistência social, pessoas jurídicas de direito privado, e sem fins lucrativos, que têm a finalidade de prestação de serviços nas áreas de assistência social, saúde ou educação, conforme o artigo 1º da Lei nº 12.101 e que participam do SUS em caráter complementar, são objeto do nosso estudo. (7)

No período de 2008 a 2016 houve uma proliferação normativa considerável sobre o tema (Quadro 1), o que despertou interesse em proceder investigação com o objetivo de verificar as principais alterações normativas no que concerne aos requisitos para

4 Gastos tributários são gastos indiretos do governo realizados por intermédio do sistema tributário, visando atender objetivos econômicos e sociais. São explicitados na norma que referencia o tributo, constituindo-se uma exceção ao sistema tributário de referência, reduzindo a arrecadação potencial e, consequentemente, aumentando a disponibilidade econômica do contribuinte. Têm caráter compensatório, quando o governo não atende adequadamente a população dos serviços de sua responsabilidade, ou têm caráter incentivador, quando o governo tem a intenção de desenvolver determinado setor ou região.



concessão e renovação do CEBAS-SAÚDE, notadamente na identificação (i) dos legitimados para obtenção da certificação; (ii) do órgão julgador responsável pelo processo; (iii) do prazo de validade do CEBAS-SAÚDE; (iv) do prazo para o pedido de renovação da certificação e (v) percentual de oferta de serviços ao SUS.

Quadro 1 – Normas editadas entre 2008 e 2016 sobre Certificação de Entidades Beneficentes de Assistência Social

Data	Norma
7 de novembro de 2008	MP nº 446
27 de novembro de 2009	Lei nº 12.101
11 de junho de 2010	Lei nº 12.249
14 de setembro de 2010	Decreto nº 7.300
20 de julho de 2010	Decreto nº 7.237
04 de novembro de 2010	Portaria/GM/MS nº 3.355
21 de julho de 2011	Lei nº 12.453
16 de agosto de 2011	Portaria/GM/MS nº 1.970
18 de julho de 2012	Lei nº 12.688
15 de outubro de 2013	Lei nº 12.868
23 de maio de 2014	Decreto nº 8.242
13 de novembro de 2014	Lei nº 13.043
28 de julho de 2015	Lei nº 13.151
14 de dezembro de 2015	Lei nº 13.204
26 de abril de 2016	Portaria/GM/MS 834

Fonte: www.planalto.gov.br

O recorte temporal da pesquisa iniciou-se com a Operação Fariseu, deflagrada pela Polícia Federal para investigar o esquema de fraude na concessão da certificação de entidades beneficentes no Conselho Nacional de Assistência Social-CNAS, em 2008⁵, e que teve como consequência, a edição, da MP nº 446/08 para dispor sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social e sobre os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social (8).

⁵ Para maiores informações veja <http://www.dpf.gov.br/agencia/estatisticas/operacoes/2008#Fariseu>.



Metodologia

Foi realizado um estudo de caráter descritivo-analítico dos atos normativos referentes à certificação de entidades beneficentes de assistência social na área da saúde.

O levantamento da legislação que trata sobre o tema da renovação do CEBAS-SAÚDE, produzida no período de 2008 a 2016, foi realizado no site do Poder Executivo www.planalto.gov.br e do Poder Legislativo www.camara.gov.br. Foram compreendidas na pesquisa as seguintes espécies legislativas: medidas provisórias (MP), decretos (DEC), leis ordinárias (LO).

De forma complementar foram ainda pesquisados os sítios do Ministério da Saúde <http://portal2.saude.gov.br/saudelegis>, as portarias emitidas no período estudado, bem como as decisões judiciais sobre o tema, perante o Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br).

A revisão bibliográfica que trata da contratualização de entidades privadas no SUS e renúncia fiscal no setor saúde foi condição inicial para o estudo e oferece a fundamentação teórica à análise empreendida, bem como o estudo específico da legislação do CEBAS no período entre 2008-2016.

Resultados

No levantamento dos atos normativos referente à Certificação de Entidades Benéficas de Assistência Social na área da saúde, CEBAS-SAÚDE, no período de estudo foram encontrados 9 (nove) atos normativos, assim classificados: uma medida provisória, três leis ordinárias, dois decretos e três portarias do Ministério da Saúde (Quadro 2).

**Quadro 2** – Normas editadas entre 2008 e 2016, selecionadas para análise

Data	Norma
7 de novembro de 2008	MP nº 446
27 de novembro de 2009	Lei nº 12.101
20 de julho de 2010	Decreto nº 7.237
04 de novembro de 2010	Portaria/GM/MS nº 3.355
21 de julho de 2011	Lei nº 12.453
16 de agosto de 2011	Portaria/GM/MS nº 1.970
15 de outubro de 2013	Lei nº 12.868
23 de maio de 2014	Decreto nº 8.242
26 de abril de 2016	Portaria/GM/MS 834

Fonte: www.planalto.gov.br

Insta esclarecer que o inciso IV do artigo 18 da Lei nº 8.742, de 1993, que foi regulamentado pelo Decreto nº 2.536, de 6 de abril de 1998, alterado pelo Decreto 3.504 de 13 de junho de 2000, serviu de paradigma para analisar a Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009, já que entre esta lei e a MP nº 446, de 2008, este arcabouço normativo retornou à sua vigência. (9) (10) (11).

O quadro 3 representa um resumo da análise das principais alterações normativas que foram objeto do estudo.



Quadro 3. Principais alterações normativas referentes à concessão e renovação do CEBAS-SAÚDE, no período de 2008-2016.

	MP nº 446/08	Lei nº 12.101/09	Decreto 7.237/10	Portaria 3.355/10	Lei nº 12.453/11	Portaria 1.970/11	Lei nº 12.868/13	Decreto 8.242/14	Portaria 834/16
Legitimados para obtenção do CEBAS-SAÚDE	Pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, reconhecida como entidade beneficente de assistência social que faça atendimento universal e: (art.1º e 2º) -oferte a prestação de todos os seus serviços ao SUS, inclusive internações, no percentual mínimo de 60%; (art. 4º) -aplique percentual de sua receita bruta em atendimento gratuito conforme os incisos do art. 5º, na falta de demanda declarada pelo gestor do SUS -ou alternativamente realize projeto de apoio ao desenvolvimento institucional em quatro áreas definidas e de prestação de serviços ao SUS, sem prejuízo das	Pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, reconhecida como entidade beneficente de assistência social que faça atendimento universal e: (art. 1º e 2º) -comprove o cumprimento das metas estabelecidas em convênio ou instrumento congênera celebrado com o gestor local do SUS; -oferte a prestação de serviços ao SUS no percentual mínimo de 60% e comprove anualmente, a prestação dos serviços com base no somatório das internações e dos atendimentos ambulatoriais prestados; (art. 4º) -comprove aplicação de percentual da sua receita bruta em atendimento gratuito de saúde.	Pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, reconhecida como entidade beneficente de assistência social que faça atendimento universal e: (art. 1º e 2º) -que atue diretamente na promoção, prevenção e atenção à saúde (art. 17) -oferte a prestação de serviços ao SUS no percentual mínimo de 60% (art. 18) -comprove anualmente, a prestação dos serviços com base no somatório das internações e dos atendimentos ambulatoriais prestados; (art. 19) -comprove aplicação de percentual da sua receita bruta em atendimento gratuito de saúde. (art. 21) -ou	Pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, reconhecidas como entidades beneficentes de assistência social com a finalidade de prestação de serviços na área da saúde e que atendam ao disposto na Lei 12.101/09 no Decreto nº 7.237/10 e nesta Portaria. (art. 1º)	Mantém as exigências da Lei 12.101/09 e altera: -o inciso III do art. 4º dessa Lei: para ser considerada beneficente e fazer jus à certificação, a entidade de saúde deverá comprovar, anualmente, da forma regulamentada pelo MS, a prestação dos serviços, com base nas internações e nos atendimentos ambulatoriais realizados; -o art. 6º da Lei: entidade de saúde que presta serviços exclusivamente na área ambulatorial deverá observar o disposto nos incisos I e II do art. 4º, comprovando, anualmente, a prestação dos serviços no percentual mínimo de 60%.	Pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, reconhecidas como entidades beneficentes de assistência social com a finalidade de prestação de serviços na área da saúde e que atendam ao disposto na Lei 12.101/09 seu Decreto regulamentador e nesta Portaria. (art. 1º)	Mantém as exigências da Lei 12.101/09 e faz algumas alterações e acréscimos: faz jus à certificação, a entidade de saúde que celebre contrato, convênio ou instrumento congênera com o gestor do SUS; (art.4º) se a entidade não cumprir os 60% no exercício fiscal anterior ao exercício do requerimento, o MS avaliará o cumprimento do requisito com base na média do total de prestação de serviços ao SUS durante todo o período de certificação em curso, que deverá ser de, no mínimo, 60%. (art. 6ºA) inclui os serviços considerados de saúde que atendam em regime residencial e transitório e as comunidades terapêuticas que prestem ao SUS serviços de atendimento e acolhimento. a	Pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, reconhecidas como entidades beneficentes de assistência social com a finalidade de prestação de serviços na área da saúde e que atendam ao disposto na Lei 12.101/09 (art. 1) - oferta percentual mínimo de 60% de serviços ao SUS; - oferta percentual menor que 60% de serviços ao SUS e aplique percentual da receita em gratuidade; - aplique percentual de 20% da receita em gratuidade, quando não houver interesse de contratação pelo gestor do SUS, - realize projetos de apoio ao desenvolvimento institucional do SUS; - seja considerado beneficente, - preste serviços a	Pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, reconhecidas como entidades beneficentes de assistência social com a finalidade de prestação de serviços na área da saúde e que atendam ao disposto na Lei 12.101/09, na Lei 12.868/13, no Decreto 7.300/10, no Decreto 8.242/14. (art. 4º)e - oferta percentual mínimo de 60% de serviços ao SUS; - oferta percentual menor que 60% de serviços ao SUS e aplique percentual da receita em gratuidade; - aplique percentual de 20% da receita em gratuidade, quando não houver interesse de contratação pelo gestor do SUS, - realize projetos de apoio ao desenvolvimento institucional do SUS; - seja considerado beneficente, - preste serviços a



	atividades beneficentes ao SUS (art. 11)	(art. 8º) -ou alternativamente realize projeto de apoio ao desenvolvimento institucional em quatro áreas definidas e de prestação de serviços ao SUS, sem prejuízo das atividades beneficentes ao SUS (art. 11)	alternativamente realize projeto de apoio ao desenvolvimento institucional em quatro áreas definidas e de prestação de serviços ao SUS, sem prejuízo das atividades beneficentes ao SUS (art. 18)				pessoas com transtornos decorrentes do uso, abuso ou dependência de substância psicoativa; (art. 7º A) excepcionalmente sejam admitidas entidades que atuem exclusivamente na promoção da saúde sem exigência de contraprestação do usuário pelas ações e serviços de saúde realizados em oito áreas especificadas; (art. 8ºA) excepcionalmente sejam certificadas entidades que prestam serviços de atenção em regime residencial e transitório, incluídas as comunidades terapêuticas, que executem exclusivamente ações de promoção da saúde voltadas para pessoas com transtornos decorrentes do uso, abuso ou dependência de drogas, desde que comprovem a aplicação de, no mínimo, 20% de sua receita bruta em ações de gratuidade. (art. 8ºB)	SUS de atendimento e acolhimento a pessoas com transtornos decorrentes do uso, abuso ou dependência de substância psicoativa; - atue de forma exclusiva na promoção da saúde, sem exigência de contraprestação do usuário pelas ações e serviços de saúde realizados; - execute ações exclusivamente de promoção da saúde voltadas para pessoas com transtornos decorrentes do uso, abuso ou dependência de drogas, e aplique, no mínimo, 20% de sua receita bruta em ações de gratuidade.
--	--	---	---	--	--	--	---	--



	MP nº 446/08	Lei nº 12.101/09	Decreto 7.237/10	Portaria 3.355/10	Lei nº 12.453/11	Portaria 1.970/11	Lei nº 12.868/13	Decreto 8.242/14	Portaria 834/16
Órgão Julgador para o CEBAS-SAÚDE	Ministério da Saúde (art. 22)	Ministério da Saúde	Ministério da Saúde	Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde		Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde		Ministério da Saúde	Secretaria de Atenção à Saúde - SAS/MS, Departamento de Certificação de Entidades Benéficas de Assistência Social em Saúde DCEBAS
Prazo de Validade do CEBAS-SAÚDE	Será fixado em regulamento, observadas as especificidades de cada uma das áreas e o prazo mínimo de 1 ano e máximo de 3 anos (art. 22)	Será fixado em regulamento, observadas as especificidades de cada uma das áreas e o prazo mínimo de 1 ano e máximo de 5 anos. (art. 21)	3 anos (art. 5º)	3 anos permitida sua renovação por iguais períodos. (art. 1º)		3 anos	1 a 5 anos (art. 21) 5 anos para as certificações concedidas ou que vierem a ser concedidas com base na Lei para requerimentos de renovação protocolados entre 30/11/09 e 31/12/11 (art. 38A)	3 anos para certificações originárias a partir da Lei 12.868/13 (art. 5º) 5 anos para certificações renovadas a partir da Lei 12.868/13 para entidades com receita anual igual ou inferior a R\$ 1 milhão (art. 5º) 5 anos para certificações concedidas ou que vierem a ser concedidas com base na Lei para requerimentos de renovação protocolados entre 30/11/09 e 31/12/11 (art. 56)	O CEBAS concedido originalmente tem validade de 3 anos. O CEBAS renovado tem validade de 3 anos para entidades com renda bruta anual maior de R\$ 1.000.000,00 e de 5 anos para entidades com receita bruta igual ou inferior a R\$ 1.000.000,00.



	MP nº 446/08	Lei nº 12.101/09	Decreto 7.237/10	Portaria 3.355/10	Lei nº 12.453/11	Portaria 1.970/11	Lei nº 12.868/13	Decreto 8.242/14	Portaria 834/16
Pedido para renovação do CEBAS-SAÚDE	Renovação automática	6 meses antes do vencimento do prazo da concessão do CEBAS-SAÚDE	6 meses antes do vencimento do prazo da concessão do CEBAS-SAÚDE	a) antecedência mínima de 6 meses do termo final de sua validade b) entidade certificada até o dia imediatamente anterior ao da publicação da Lei nº 12.101/2009, poderá requerer a renovação do Certificado até a data de sua validade.		6 meses antes do vencimento do prazo da concessão em vigor (art. 41)	360 dias antes do vencimento do prazo da concessão em vigor. Considerados tempestivos os requerimentos apresentados antes do termo final de validade da certificação e protocolados entre 30/11/09 e a publicação da Lei nº 12.868/13; Excepcionalmente tempestivos os pedidos protocolados entre 30/11/09 e 31/12/10 no período de até 360 dias após o termo final de validade da certificação	360 dias antes do vencimento do prazo da concessão para as entidades que tiveram seu prazo de validade estendido, na forma do art. 38-A da Lei nº 12.101/09. (art. 59) Considerados tempestivos os requerimentos apresentados antes do termo final de validade da certificação e protocolados entre 30/11/09 e a publicação da Lei nº 12.868/13 (art. 60) Excepcionalmente tempestivos os pedidos protocolados entre 30/11/09 e 31/12/10 no período de até 360 dias após o termo final de validade da certificação (art. 60)	protocolado no decorrer dos 360 dias que antecedem o termo final de validade do certificado; antes de 360 dias não serão conhecidos.

	MP nº 446/08	Lei nº 12.101/09	Decreto	Portaria	Lei nº	Portaria	Lei nº 12.868/13	Decreto	Portaria 834/16
--	--------------	------------------	---------	----------	--------	----------	------------------	---------	-----------------



			7.237/10	3.355/10	12.453/11	1.970/11		8.242/14	
Opções para a não oferta de 60% serviços ao SUS	aplique percentual de sua receita bruta em atendimento gratuito, na falta de demanda declarada pelo gestor do SUS, da seguinte forma: I – 20%, se o percentual de atendimento ao SUS for inferior a 30%;; II – 10%, se o percentual de atendimento ao SUS for igual ou superior a 30 e inferior a 50%; ou III – 5%, se o percentual de atendimento ao SUS for igual ou superior a 50% ou se completar o quantitativo das internações hospitalares (art.8º) ou alternativamente realize projeto de apoio ao desenvolvimento institucional em quatro áreas definidas e de prestação de serviços ao SUS, sem prejuízo das atividades beneficentes ao SUS (art. 11)	aplique percentual de sua receita bruta em atendimento gratuito, na falta de demanda declarada pelo gestor do SUS, da seguinte forma: I – 20%, se o percentual de atendimento ao SUS for inferior a 30%;; II – 10%, se o percentual de atendimento ao SUS for igual ou superior a 30 e inferior a 50%; ou III – 5%, se o percentual de atendimento ao SUS for igual ou superior a 50% ou se completar o quantitativo das internações hospitalares ou atendimento ambulatorial (art.8º) ou alternativamente realize projeto de apoio ao desenvolvimento institucional em quatro áreas definidas e de prestação de serviços ao SUS, sem prejuízo das atividades beneficentes ao SUS (art. 11)	aplique percentual de sua receita bruta em atendimento gratuito, na falta de demanda declarada pelo gestor do SUS, da seguinte forma: I – 20%, se o percentual de atendimento ao SUS for inferior a 30%;; II – 10%, se o percentual de atendimento ao SUS for igual ou superior a 30 e inferior a 50%; ou III – 5%, se o percentual de atendimento ao SUS for igual ou superior a 50% ou se completar o quantitativo das internações hospitalares ou atendimento ambulatorial (art. 21) ou alternativamente realize projeto de apoio ao desenvolvimento institucional em quatro áreas definidas e de prestação de serviços ao SUS, sem prejuízo das atividades beneficentes ao SUS (art. 18)	aplique percentual de sua receita bruta em atendimento gratuito, na falta de demanda declarada pelo gestor do SUS, da seguinte forma: I – 20%, se o percentual de atendimento ao SUS for inferior a 30%;; II – 10%, se o percentual de atendimento ao SUS for igual ou superior a 30 e inferior a 50%; ou III – 5%, se o percentual de atendimento ao SUS for igual ou superior a 50% ou se completar o quantitativo das internações hospitalares ou atendimento ambulatorial (art. 21) ou alternativamente realize projeto de apoio ao desenvolvimento institucional em quatro áreas definidas e de prestação de serviços ao SUS, sem prejuízo das atividades beneficentes ao SUS (art. 18)		Explicita os documentos necessários para a comprovação da gratuidade conforme a Lei 12.101/09	será admitida a avaliação pelo Ministério da Saúde caso a entidade tenha cumprido, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) da prestação de seus serviços ao SUS	Entidade não contratada pelo gestor Programas e estratégias prioritárias definidas pelo Ministério da Saúde	



Discussão

Primeiramente, destacam-se as pessoas jurídicas legitimadas para obtenção do CEBAS que são de direito privado, sem fins lucrativos, reconhecidas como entidades beneficentes de assistência social com a finalidade de prestação de serviços nas áreas de assistência social, saúde ou educação, que realizem atendimento universal.

Quanto aos legitimados para obtenção do CEBAS-SAÚDE, inicialmente a certificação era destinada às entidades de direito privado, sem fins lucrativos, que ofertassem diretamente seus serviços ao SUS, no percentual mínimo de 60% ou no caso de entidades de saúde de reconhecida excelência, que apresentassem projetos de apoio ao desenvolvimento institucional do SUS em algumas áreas de atuação definidas, conforme preconizado tanto na MP nº 446 de 2008, como na Lei nº 12.101, de 2009.

Com a edição do Decreto nº 7.237 de 2010, (12) observa-se uma especificação das entidades beneficentes de assistência social na área de saúde, definindo que são aquelas que atuem diretamente na promoção, prevenção e atenção à saúde, utilizando terminologia semelhante àquela do §1º do art. 2º da Lei 8.080 de 1990, (13) que refere como direito do cidadão o acesso a ações e serviços de saúde para a sua promoção, proteção e recuperação, quando os art. 1º e 2º da Lei 12.101 de 2009 estabelecem genericamente que essas entidades são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que prestam serviço na área de saúde e que obedecem ao princípio da universalidade do atendimento.

Ocorre, todavia que no sistema jurídico brasileiro, um decreto não tem o condão de inovar no ordenamento legal, mas tão somente de regulamentar ou propiciar a execução correta de uma lei, não podendo ir contra ou além da lei. Assim, o Decreto nº 7.237, de 2010, ao especificar esses legitimados ampliou e incluiu entidades que precisavam de normas específicas para sua admissão.

Tal situação só foi sanada com a edição da Lei nº 12.868, de 2013, (14) que deu nova redação a alguns artigos e incluiu outros na Lei 12.101 de 2009, ao introduzir a possibilidade de certificação de entidades que atuassem exclusivamente na promoção da saúde e definindo que seriam consideradas como ações e serviços de promoção da saúde as atividades voltadas para redução de risco à saúde, desenvolvidas em oito áreas especificadas no seu art. 6º. A mencionada lei passou a permitir que comunidades



terapêuticas, em regime residencial e transitório, que prestassem ao SUS serviços de atendimento e acolhimento a pessoas com transtornos decorrentes do uso, abuso ou dependência de substância psicoativa, pudessem solicitar o CEBAS-SAÚDE.

O Decreto nº 8.242 de 2014, (15) que regulamenta a Lei 12.101 de 2009 e revoga o Decreto 7.237 de 2010, repete o texto da Lei 12.868 de 2013, adicionando as entidades que atuassem exclusivamente na promoção da saúde, no rol daquelas que poderiam solicitar a certificação, o que o Decreto 7.237 de 2010 não previa.

Note-se o inciso V do artigo 5º da Portaria/GM/MS 131 de 26 de janeiro de 2012 (16) que traz como requisito para concessão de incentivo financeiro às comunidades terapêuticas a necessidade do CEBAS-SAÚDE, ou seja, antes mesmo da instituição da Lei nº 12.868, de 2013, para receber recursos financeiros do Ministério da Saúde essas entidades deveriam ser detentoras do certificado, mesmo que a lei não previsse esta obrigação.

No decorrer do processo de implantação da Lei 12.101 de 2009 surgiram alguns questionamentos sobre quais entidades poderiam requerer certificação como entidade beneficente de assistência social, em especial o caso de entidades estatais, constituídas sob regime de direito privado, serem certificadas com base na legislação vigente.

Tal questionamento foi suscitado no Grupo de Trabalho do CEBAS da Advocacia-Geral da União e não houve consenso. Entretanto, no entendimento da Advocacia Geral da União - Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde, por meio do Parecer 008/2012/GBA/CGU/AGU, há possibilidade de entidades públicas constituídas sob regime jurídico de direito privado, como por exemplo, empresas públicas, sociedades de economia mista, consórcios públicos de direito privado, dentre outras, desde que prestadoras de serviços públicos de saúde, serem certificadas desde que atendam aos requisitos da lei (17). Dessa forma, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional passou a adotar essa posição, apesar das controvérsias sobre o assunto. (18)

Ainda em relação à MP nº 446, de 2008, uma das inovações é a retirada das atribuições do Conselho Nacional de Assistência Social - CNAS para certificar as entidades beneficentes de assistência social e a sua transferência para os Ministérios do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, da Saúde e da Educação, de acordo com a respectiva área de atuação da entidade, conforme seu artigo 22.



Como se percebe, houve uma desconcentração de atividades da certificação das entidades beneficentes de assistência social, que no Poder Executivo se justifica pelo fato de cada órgão setorial da União dispor de conhecimento técnico diretamente voltado para a sua área de atuação, o que facilita o estudo das atividades desempenhadas pelas respectivas entidades e o julgamento do pedido de concessão de certificação (19).

Entretanto, com a rejeição da Medida Provisória nº 446, de 2008, pelo Congresso Nacional, em 10 de fevereiro de 2009, foi restabelecida a vigência da Lei nº 8.742, de 1993, com o retorno da competência para a emissão de CEBAS ao CNAS, onde permaneceu por pouco mais de nove meses até a publicação da Lei nº 12.101, de 2009. Desde então e conforme estabelecido, nas portarias que definem os procedimentos relativos à certificação das entidades beneficentes de assistência social na área de saúde, editadas pelo MS, Portaria GM/MS nº 1.970, de 2011 e Portaria/GM/MS 834, de 2016, compete à Secretaria de Atenção à Saúde, por meio do Departamento de Certificação de Entidades Benéficas de Assistência Social em Saúde-DCEBAS, deliberar sobre a certificação. (20) (21)

Em relação ao prazo de validade do certificado também se verificam modificações relevantes. No início do período analisado e de vigência da Medida Provisória era de três anos, mas a Lei 12.101 de 2009 estabeleceu a possibilidade do certificado ter o prazo de um a cinco anos. Ao regulamentar a lei o Decreto nº 7.237 de 2010 estabeleceu em três anos a certificação, pois havia a interpretação de que a Fazenda Pública poderia ter seu crédito prescrito se prazo estabelecido fosse de cinco anos e houvesse um cancelamento *a posteriori*, em virtude de alguma irregularidade por parte da entidade legitimada.

Contudo, tal precaução não ocorreu com a edição da Lei nº 12.868, de 2013, que prevê o prazo de cinco anos do certificado para os pedidos de renovação protocolados entre 30 de novembro de 2009 e 31 de dezembro de 2011.

Na evolução legislativa do CEBAS a renovação automática foi tratada no artigo 37 da MP nº 446, de 2008, ao estabelecer que os processos de renovação do certificado que não tivessem sido julgados, julgados e pendentes de recursos, seriam automaticamente deferidos e as representações em curso propostas em face da renovação ficariam prejudicadas. Como resultado, pelo menos 7.400 entidades beneficentes tiveram seus certificados renovados automaticamente (22) (23) (24). E ainda o legislador previu que as entidades certificadas cujas titulações fossem expirar no prazo de doze meses a contar da



publicação do ato (10 de novembro de 2008), não precisariam pleitear a renovação do CEBAS, já que conforme seu artigo 41, os certificados seriam automaticamente renovados pelo prazo de doze meses.

Para tentar reverter a renovação automática, o Ministério Público Federal propôs Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nº 265, de 2012 perante o Supremo Tribunal Federal com o propósito de que fosse declarada a inconstitucionalidade dos artigos 37, 38 e 39 da MP nº 446, de 2008, já que sem lei que estabelecesse os requisitos para imunidade seriam violados, em tese, os princípios da solidariedade, da universalidade do custeio da seguridade social, da legalidade, da moralidade e da impessoalidade. A Advocacia-Geral da União sustentou que são válidos os certificados de isenção de impostos concedidos enquanto a MP esteve em vigor. Atualmente, os autos estão conclusos ao relator (25).

Como dito anteriormente, o Congresso Nacional rejeitou a MP nº 446, de 2008, em 10 de fevereiro de 2009. Entretanto, não editou Decreto Legislativo, previsto no art. 62, § 11, da Constituição Federal, que é o instrumento apto para reger as relações jurídicas decorrentes da rejeição da MP.

Dessa forma, as relações jurídicas constituídas e os atos praticados durante a vigência da MP seriam por ela conservados, em decorrência da segurança jurídica e respeito do direito adquirido à renovação do CEBAS. Nesse sentido, a Nota DECOR/CGU/AGU Nº 180/2009-JGAS da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Previdência Social (26), afirma que as relações jurídicas que se formaram sob a égide das regras previstas nos artigos 37; 38; 39; 40 e 41 da Medida Provisória nº 446, de 2008, bem como aquelas decorrentes de atos praticados pela Administração Pública Federal durante o seu período de vigência, continuarão sendo regidas pela citada Medida Provisória.

Com a edição da Lei 12.101, de 2009, o pedido de renovação passou a ser novamente submetido a análise do Ministério competente, sendo que seu requerimento passou de seis meses para trezentos e sessenta dias, como se observa no § 1º do artigo 24, posteriormente alterado pela Lei 12.868, de 2013 permitindo que os requerimentos de renovação intempestivos fossem convertidos em tempestivos, caso fossem protocolados até a data final do certificado ou até trezentos e sessenta dias após a validade do certificado no período entre 30 de novembro de 2009 e 31 de dezembro de 2010.



A Portaria 834, de 2016, abre a possibilidade de protocolar o requerimento de concessão ou renovação do CEBAS por meio de sistema eletrônico disponível no endereço www.saude.gov.br/cebas-saude e que está em processo de implantação.

Outro ponto de investigação foi a variação de alternativas pela não prestação de serviços no mínimo de 60% ao SUS, já que este é um dos requisitos principais para o CEBAS-SAÚDE. A Lei nº 12.868, de 2013, incluiu o § 3º no art. 4º possibilitando que entidades que aderirem a programas e estratégias prioritárias definidas pelo Ministério da Saúde recebam um adicional de até 10% em seus serviços prestados ao SUS e ainda incluiu o art. 6º-A que prevê, nos casos de renovação, a possibilidade do cumprimento do requisito de 60 % de serviços prestados, com base na média durante todo o período de certificação em curso desde que a entidade cumpra, no mínimo, 50% da prestação de seus serviços em cada um dos anos do período de certificação.

Desde a edição da MP 446, de 2008 foi definida a opção da entidade de saúde de reconhecida excelência realizar, alternativamente, projetos de apoio ao desenvolvimento institucional do SUS, celebrando ajuste com a União, por intermédio do Ministério da Saúde, nas seguintes áreas de atuação: estudos de avaliação e incorporação de tecnologias; capacitação de recursos humanos; pesquisas de interesse público em saúde; ou desenvolvimento de técnicas e operação de gestão em serviços de saúde; essa proposta foi incluída na Lei 12.101, de 2009.

A Lei 12.453, de 2011 mantém as exigências da Lei 12.101/09 e altera dois itens dessa Lei: o inciso III do art. 4º estabelecendo que para ser considerada beneficente e fazer jus à certificação, a entidade de saúde deverá comprovar, anualmente, da forma regulamentada pelo MS, a prestação dos serviços, com base nas internações e nos atendimentos ambulatoriais realizados; e o art. 6º definindo que a entidade de saúde que presta serviços exclusivamente na área ambulatorial deverá observar o disposto nos incisos I e II do art. 4º, comprovando, anualmente, a prestação dos serviços no percentual mínimo de 60%. (27)

Quanto à aplicação da receita em gratuidade, verifica-se também a variação da aplicação de porcentagem de 5% a 20% de sua receita na área de saúde, de maneira inversamente proporcional à porcentagem de serviços prestados ao SUS, ou seja, quanto maior a prestação de serviços ao SUS menor a necessidade de aplicação em gratuidade, conforme o artigo 8º da Lei nº 12.101, de 2009. Esta variação é uma inovação e não está



prevista no Decreto nº 2.536, de 1998, que estabelecia a aplicação de pelo menos vinte por cento da receita bruta anualmente, em gratuidade, pela entidade caso não prestasse seus serviços ao SUS no percentual mínimo de 60%.

E por fim, não havendo interesse do gestor local do SUS na contratação dos serviços ou se o percentual de prestação de serviços ao SUS for inferior a 30%, a entidade deverá aplicar 20% da sua receita em gratuidade na área da saúde conforme o art. 6º da Lei nº 12.868, de 2013 e do inciso I do art. 8º da Lei nº 12.101, de 2009.

As ações de gratuidade devem ser pactuadas com o gestor do SUS e formalizadas no instrumento contratual. Pode-se citar como ações de gratuidade, conforme o anexo II da Portaria/GM/MS 1.970, de 2011, a) casas de apoio, que visem a manutenção de instalações físicas para o apoio e suporte a pacientes em trânsito para tratamento, b) apoio na formação de profissionais da saúde, c) promoção as ações de educação junto à população local, dentre outras pactuadas com o gestor do SUS, confirmadas na Portaria/GM/MS 834, de 2016.

Considerações Finais

Como se observou no presente estudo, a contratualização de entidades privadas corresponde a uma realidade na prestação de serviços de saúde para o SUS, e o CEBAS-SAÚDE é uma qualificação importante para as entidades beneficentes da área de saúde, já que é requisito para a isenção da cota patronal da contribuição previdenciária junto à Receita Federal, além de permitir a entidade que obtenha recursos federais.

No decorrer do trabalho, verificou-se que foram editados nove atos normativos referentes às disposições de concessão e de renovação da certificação de entidades beneficentes de assistência social em saúde, no período de 2008 a 2016, inclusive a recente Portaria/GM/MS 834, de 2016, que revisa e atualiza o processo de certificação a partir das constatações decorrentes da aplicação e das alterações da Lei 12.101, de 2009 pela Lei 12.868, de 2013.

De um modo geral, conclui-se que o alargamento dos legitimados, a expertise do órgão julgador na área de atuação da entidade, o aumento de prazo de validade do certificado nos casos de renovação em alguns casos, e da extensão do prazo para o pedido para renovação e a crescente alternativas para não prestação de 60% de seus serviços ao SUS, sem dúvida, são benéficos às entidades de assistência social em saúde.



Entretanto, é necessário ponderar se tais contribuições estão de acordo e fortalecem a prestação de serviços de saúde no SUS, tendo em vista o cenário atual de agravamento do financiamento direto ao SUS. Pode haver uma tendência do sistema público de saúde ficar dependente das instituições privadas e ainda ficar sem a prestação de serviços de assistência à saúde por essas instituições, caso elas optem pelas alternativas definidas na lei, de aplicação de percentual em gratuidade, como por exemplo, a manutenção de casas de apoio, a formação de recursos humanos, gerenciamento de programas, dentre outras pactuadas com o gestor do SUS, como vimos no decorrer do trabalho.

A possibilidade de aplicação de 20% da receita da entidade em gratuidade sem a necessidade de oferta de serviços de assistência ao SUS e a extensão do prazo de validade para cinco anos para os pedidos de renovação protocolados entre 30 de novembro de 2009 e 31 de dezembro de 2011 para entidades com receita bruta anual igual ou inferior a um milhão de reais são situações que toda sociedade civil e órgãos de fiscalização devem atentar.

Cabe ao Estado promover e incentivar o surgimento de novas entidades que prestem auxílio na área da educação, saúde e assistência social por meio de subsídios e incentivos fiscais, como exposto no §7º do art. 195 da Constituição Federal e de acordo com suas leis reguladoras. Entretanto, tais promoções e incentivos não devem estar vinculados aos interesses privados das entidades em detrimento do interesse público.

Por fim, há de existir uma estabilidade jurídica para que as pessoas envolvidas naquela normatização conheçam a regra do jogo e saibam seus direitos e obrigações previamente, e não uma modificação quase anual dessas regras, sob pena de trazer insegurança jurídica neste processo, prejudicando aquelas entidades que realmente cumprem a lei e seu papel estatutário beneficente.

Referências

1 Brasil. Ministério da Saúde. Manual de orientações de serviços no Sistema Único de Saúde [Internet]. Brasília: 2007. [Acesso em 1 nov 2015]. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_orientacoes_contratacao_servicos_sus.pdf

2 Brasil. Secretaria da Receita Federal. Receita Federal Demonstrativos de Gastos Tributários PLOA 2015 (DGT 2015). Brasília, 2015. [Acesso em 9 nov 2015]. Disponível em



<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/gastos-tributarios/previsoes-ploa/arquivos-e-imagens/dgt-2015>

3 Brasil. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. As Fundações Privadas e Associações sem Fins Lucrativos no Brasil 2010. Rio de Janeiro, [Acesso em 1 nov 2015]. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv62841.pdf>

4 Mendes, A. Tempos turbulentos da saúde pública brasileira: os impasses do financiamento no capitalismo financeirizado. São Paulo: Hucitec, 2012.

5 Ocké-Reis, CO. Mensuração dos gastos tributários: o caso dos planos de saúde – 2003-2011. Brasília, DF: Ipea, 2013.

6 Brasil. Poder Executivo. Medida Provisória nº 446, de 7 de novembro de 2009. Dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social, regula os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 10 nov.2008. [Acesso em 18 set 2015]. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2008/medidaprovisoria-446-7-novembro-2008-583387-publicacaooriginal-106225-pe.html>.

7 Brasil. Poder Legislativo. Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009. Dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social; regula os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social; altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993; revoga dispositivos das Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, 9.429, de 26 de dezembro de 1996, 9.732, de 11 de dezembro de 1998, 10.684, de 30 de maio de 2003, e da Medida Provisória nº 2.187-13, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 30 nov.2009, [Acesso em 18 set 2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12101.html

8 Amaro, L. Direito tributário brasileiro. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

9 Brasil. Lei 8.742 de 07 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. [Acesso em 15 nov 2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8742.htm.

10 Brasil. Poder Executivo. Decreto 2.536 de 06 de abril de 1998. Dispõe sobre a concessão do Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos a que se refere o inciso IV do art. 18 da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e dá outras providências. [Acesso em 5 nov 2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2536impressao.htm

11 Brasil. Poder Executivo. Decreto 3.504 de 13 de junho de 2000. Altera dispositivos do Decreto nº 2.536, de 6 de abril de 1998, que dispõe sobre a concessão do Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos a que se refere o inciso IV do art. 18 da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. [Acesso em 5 nov 2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3504impressao.htm



12 Brasil. Poder Executivo. Decreto nº 7.237, de 20 de julho de 2010. Regulamenta a Lei no 12.101, de 27 de novembro de 2009, para dispor sobre o processo de certificação das entidades beneficentes de assistência social e sobre procedimentos de isenção das contribuições para a seguridade social. Diário Oficial da União, Brasília, 21 jul.2010 [Acesso em 18 set 2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7237.html

13 Brasil. Poder Legislativo. Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. [Acesso em 18 set 2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm

14 Brasil. Poder Legislativo. Lei nº 12.868 de 15 de outubro de 2013. Altera a Lei no 12.793, de 2 de abril de 2013, para dispor sobre o financiamento de bens de consumo duráveis a beneficiários do Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV); constitui fonte adicional de recursos para a Caixa Econômica Federal; altera a Lei no 12.741, de 8 de dezembro de 2012, que dispõe sobre as medidas de esclarecimento ao consumidor, para prever prazo de aplicação das sanções previstas na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990; altera as Leis no 12.761, de 27 de dezembro de 2012, no 12.101, de 27 de novembro de 2009, no 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e no 9.615, de 24 de março de 1998; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 out.2013. [Acesso em 18 set 2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12868.htm#art9

15 Brasil. Poder Executivo. Decreto nº 8.242 de 23 de maio de 2014. Regulamenta a Lei no 12.101, de 27 de novembro de 2009, para dispor sobre o processo de certificação das entidades beneficentes de assistência social e sobre procedimentos de isenção das contribuições para a seguridade social. Diário Oficial da União, Brasília, 26 mai.2014. [Acesso em 10 nov 2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7237.html

16 Brasil. Ministério da Saúde. Portaria/GM/MS 131 de 26 de janeiro de 2012. Institui incentivo financeiro de custeio destinado aos estados, municípios e ao D F para apoio ao custeio de Serviços de Atenção em Regime Residencial, incluídas as Comunidades Terapêuticas, voltados para pessoas com necessidades decorrentes do uso de álcool, crack e outras drogas, no âmbito da Rede de Atenção Psicossocial. [Acesso em 18 set 2015]. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt0131_26_01_2012.html

17 Brasil. Ministério da Saúde. Consultoria Jurídica. Despacho nº 2899/2013 FB/ COGEJUR/CONJUR-MS/CGU/AGU, Processo SIPAR nº 25000.666489/2009-54. [Acesso em 22 nov 2015]. Disponível em: <http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/novembro/10/223-13.pdf>

18 Brasil. Ministério da Fazenda. Parecer Nº 1344/2013. Isenção/Imunidade. Certificação de Entidades Benéficas de Assistência Social. Relatório final do Grupo de Trabalho instituído pela Portaria AGU n 488/2011, com Despacho do Consultor-Geral da União e



aprovação Ministerial. Desdobramento das discussões do GT. Parecer 008/2012/GBA/CGU/AGU. Despacho CGU 1700/2012. Aprovação Ministerial. [Acesso em 5 nov 2016]. Disponível em: <http://dados.pgfn.fazenda.gov.br/dataset/pareceres/resource/13442013>

19 Brasil. Poder Executivo. Mensagem nº 865, de 2009, Medida Provisória nº 446, de 2008. [Acesso em 30 out 2015]. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/632451.pdf>

20 Brasil. Ministério da Saúde. Portaria/GM/MS 1.970 de 16 de agosto de 2011. Dispõe sobre o processo de Certificação das Entidades Beneficentes de Assistência Social na área da Saúde (CEBAS-SAÚDE). Diário Oficial da União, Brasília, 17 ago.2011. [Acesso em 18 de setembro de 2015]. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt1970_16_08_2011.html

21 Brasil. Ministério da Saúde. Portaria/GM/MS 834 de 26 de abril de 2016. Redefine os procedimentos relativos à certificação das entidades beneficentes de assistência social na área de saúde. [Acesso em 8 nov 2016]. Disponível em: bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0834_26_04_2016.html

22 Brasil. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Conselho Nacional de Assistência Social, Resoluções nº 3, 23 de janeiro de 2009. [Acesso em 15 nov 2015]. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/cnas/Entidades%20Certificadas/deliberacoes/arquivos/2009/resolucao-003-23-01-2009.pdf>

23 Brasil. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Conselho Nacional de Assistência Social, Resoluções nº 7, 3 de fevereiro de 2009. [Acesso em 15 nov 2015]. Disponível em: <http://aspta.org.br/wp-content/uploads/2011/01/Deferimento-Certificado-de-Entidade-Beneficiante-2008.pdf>

24 Brasil. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Conselho Nacional de Assistência Social, Resoluções nº 8, 4 de fevereiro de 2009. [Acesso em 15 nov 2015]. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/cnas/Entidades%20Certificadas/deliberacoes/arquivos/2009/resolucao-008-04-02-2009.pdf>

25 Brasil. Superior Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nº 265. [Internet]. Brasília, 17 mar 2010. [Acesso em 1 nov 2015]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4292187>.

26 Brasil. Ministério da Previdência Social. Consultoria Jurídica. Nota DECOR/CGU/AGU Nº 180/2009-JGAS [Internet]. Brasília, 2014. [Acesso em 22 nov 2015]. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/25730728>



27 Brasil. Poder Legislativo. Lei nº 12.453, de 21 de julho de 2011 [Acesso em 10 nov 2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12453.htm#art9

Recebido em: 5/1/2016
Reapresentado em: 5/12/2016
Aprovado em: 9/12/2016

Como citar este artigo:

Júnior Yegor M, Alves SMC, Almeida LL. A Certificação de Entidades de Assistência Social na área da saúde: alterações normativas 2008-2016. *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. 2016 dez., 5 supl. 1:39-60.



Direito e Dever Constitucional Fundamental à Saúde e Responsabilidade Financeira e Criminal pelos Dinheiros Públicos

Fundamental Constitutional Right and Duty to Health and Financial and Criminal Accountability for Public Funds

Derecho y Deber Constitucional Fundamental de la Salud y Responsabilidad Financiera y Penal por los Fondos Públicos

Gonçalo S. de Melo Bandeira¹

RESUMO: A concretização do Direito Constitucional Fundamental Social à Saúde é fundamental. É necessário, adequado e proporcional, respeitar os princípios constitucionais da transparência e da responsividade às exigências da população, da prestação de contas e própria responsabilidade. Tudo isto também abarca o desenvolvimento de princípios constitucionais que sejam de anticorrupção. Também no direito constitucional à protecção da saúde. A responsabilidade financeira e criminal pode constituir um incentivo à melhoria da gestão dos dinheiros públicos e a uma melhor efectivação dos princípios constitucionais fundamentais. Nomeadamente no tema do direito à saúde. As áreas constitucional, administrativa, penal, de gestão pública e de ciência de administração e boa governança também no sector da saúde, devem ser articuladas numa só estratégia. Tanto em Portugal como no Brasil.

Palavras-chave: direitos constitucionais fundamentais sociais da protecção da saúde. Responsabilidade financeira. Responsabilidade criminal. Dinheiros públicos.

ABSTRACT: The implementation of Fundamental Constitutional Health and Social Rights is necessary, appropriate and proportionate, following the demands of the population. Accountability and self-responsibility play a very important role. This requires the development of constitutional principles that protect public funds against corruption and offer a constitutional right to health protection. Financial and criminal liability might provide an incentive to improve the management of public funds and reinforce fundamental constitutional principles, particularly regarding the right to health. Constitutional, administrative and criminal issues, as well as public management and administration and the science of good governance, should be articulated in a single strategy also in the health sector. In Portugal and Brazil also.

Keywords: Social fundamental constitutional rights of health protection. Financial responsibility. Criminal responsibility. Public funds.

¹ Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Prof.-Adj. e Coord. das Ciências Jurídico-Fundamentais na Escola (Estatal) Superior de Gestão do IPCA (Portugal). Professor Convidado no Mestrado na Universidade do Minho. Investigador Associado do CEDU—Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Professor e Investigador Convidado em diversas instituições e em diferentes Estados do Brasil. Presidente da Comissão de Fiscalização e Disciplina do Sindicato Nacional do Ensino Superior. Tem publicações nas Editoras Juruá (Brasil), Almedina, Coimbra Editora (Portugal), IGI Global (EUA), Téknhe (Portugal), entre outras. E-mail: gsopasdemelobandeira@ipca.pt, gsopasdemelobandeira@hotmail.com



RESUMEN: La aplicación de la Ley constitucional fundamental de la Salud Social es clave. Es necesaria, adecuada y proporcionada conforme a los principios constitucionales de transparencia y capacidad de respuesta a las necesidades de la población, la responsabilidad y la propia responsabilidad. Todo esto también incluye el desarrollo de los principios constitucionales que son anti-corrupción. También en el derecho constitucional a la protección de la salud. La responsabilidad financiera y criminal puede ser un incentivo para mejorar la gestión de los fondos públicos y mejorar la aplicación de los principios constitucionales fundamentales. En particular, la cuestión del derecho a la salud. Las áreas penales, la administración pública administrativa constitucional y ciencia de la gestión y el buen gobierno también en el sector de la salud, deben articularse en una sola estrategia. Tanto en Portugal y Brasil.

Palabras-clave: derechos constitucionales fundamentales sociales de protección de la salud. Responsabilidad financiera. Responsabilidad penal. Los fondos públicos.

Introdução

Os objectivos estão no estabelecimento da conexão inegável entre, por um lado, uma honesta, transparente e constitucional (constitucional) gestão dos dinheiros públicos e, por outro lado, a concretização dos direitos e deveres constitucionais fundamentais sociais da protecção da saúde. A saúde é um inegável direito fundamental social. Estamos a falar do Estado de Direito social, democrático, livre e verdadeiro.

A metodologia seguida prendeu-se com a análise doutrinal, legal e jurisprudencial. Não esquecendo de trazer ideias que são o resultado de troca de impressões, entrevistas de modo mais (in)formal, mas também em congressos, conferências, palestras, seminários, colóquios, simpósios, entre outros eventos, entre colegas professores e investigadores e cientistas e diversos auxiliares do Direito, de diferentes nacionalidades, em diferentes países. Portugal é um dos países da União Europeia e, por isso, está sob a influência de um Direito da União Europeia, a qual é, no presente momento, constituída por 28 Estados-membros independentes.

Em 2012 eram cerca de 507 milhões de habitantes que, no seu conjunto, constituem o maior bloco económico do mundo, ultrapassando os EUA, a China ou o Japão. Diga-se, contudo, que o chamado “Direito da União Europeia” é, nada mais, nada menos, do que o próprio direito de origem profunda mediterrânica greco-romana e de forte desenvolvimento e aperfeiçoamento através do Império Romano. O facto do Reino Unido ir abandonar a UE não tem qualquer influência tão acentuada como se poderia pensar à primeira vista, pois – mesmo assim e apesar de tudo -, a UE irá continuar a ser o maior bloco económico do



mundo. Em termos de medalhas nos últimos jogos olímpicos do Rio de Janeiro 2016, a UE ganhou um total de 325 medalhas, ficando à frente dos EUA com 121 e da China com 70. Mesmo sem as 67 medalhas do Reino Unido, a UE fica à frente. Todos bem sabem que o desporto – honesto e sem drogas -, é um indício importante, embora com muitas exceções, do estado de saúde pública num dado país, embora existam, reconhece-se, situações que são contraditórias. Curiosa é a posição da parlamentar conservadora britânica Heather Wheeler que no seu *twitter* afirmou que “o grande vencedor” foi o Reino Unido e a *Commonwealth* a que chamou textualmente de “Império Britânico” e que ganhou 396 medalhas, contra 320 do “resto do mundo” e 258 da UE já com a consideração do “*Brexit*”.

A boa governança dos dinheiros públicos está ligada de um modo íntimo à concretização prática dos chamados direitos constitucionais sociais. Nomeadamente no caso dos direitos constitucionais fundamentais sociais da protecção da saúde. O dinheiro gasto na saúde, na educação e segurança social, é, acima de tudo, um investimento.

A tutela jurídico-constitucional da recepção de receitas públicas – crimes tributários em sentido amplo, incluindo portanto as contra-ordenações ou o “direito administrativo sancionatório” -, está já acautelada, num grau de interesse público que se pode considerar justo e razoável em níveis de intervenção mínima (39), (45). Isto, se tivermos em perspectiva o contínuo aperfeiçoamento da retribuição, da prevenção geral positiva, da prevenção especial positiva e da, agora mais desenvolvida, justiça restaurativa. Já se sentem, todavia, algumas dificuldades em ordenamentos jurídicos como o de Brasil ou de Portugal, na tutela da utilização constitucional (constitucional) dos dinheiros públicos. Que dizer perante obras megalômanas como estádios de futebol sem, depois, qualquer utilidade, ou na aposta da duplicação e triplicação de estradas.

No espectro político da Europa ocidental, existe um consenso bem alargado acerca da necessidade, adequação, proporcionalidade, respeitando a intervenção mínima, de ter que existir uma sanção em face da eventual ausência de um manuseamento e aplicação honesta e transparente dos dinheiros públicos. Desde que exista dolo e, em alguns casos, possível negligência grosseira (6),(15),(26), (31), (35), (47), situações que inclusive podem gerar crimes de branqueamento de capitais (17), crime que pode ser praticado por pessoas singulares, mas também por pessoas colectivas (18) (19). Também por esta via, a aplicação do investimento público na saúde fica prejudicada.



O estado da arte presente em relação ao uso transparente e honesto dos dinheiros públicos, no caso por exemplo da protecção da saúde, não se tem reflectido, quando deveria ser o caso (e cada caso é um caso), nas teorias, que também aqui deveriam estar presentes e muito menos nas práticas (42). Não desfazendo o velho provérbio, de certa forma também jurídico-científico, de que “não há nada mais prático do que uma boa teoria”. Em países como Portugal, com cerca de 11 milhões habitantes ou o Brasil, com mais de 200 milhões, são públicas – na comunicação social insuspeita -, os problemas com a saúde pública, em especial junto dos mais frágeis, os mais pobres, as crianças, as mulheres, os idosos.

No caso português encontramos na respectiva Constituição um capítulo (II) dedicado aos direitos económicos, sociais e culturais. Este Capítulo II da Constituição da República Portuguesa (CRP) constitui, por conseguinte, um importante “catálogo de direitos sociais”.² É claro que quando fala-se em direitos sociais, fala-se também em deveres sociais. Podemos mesmo evocar a existência de uma Constituição social, como um grupo de direitos e princípios de natureza social que estão consagrados de modo formal na Constituição (53). Trata-se de um conceito muito amplo que abrange os princípios fundamentais daquilo que se designa numa outra linguagem técnica como “direito social”. E o direito social existe na medida em que a repartição justa dos bens oferecidos pela natureza é um dos caminhos fundamentais para a Justiça social e, portanto, para a própria paz.

Discute-se em Portugal se devem existir, ou não, limites ao déficit, como no caso da lei Fundamental da República Federal da Alemanha (5). Se alguns economistas dizem tal ser fundamental para o crescimento económico, já outros defendem ser isso mesmo um impedimento do crescimento económico. Enfim, o limite ao déficit poderá até existir desde que o investimento no Estado de Direito social, democrático, livre e verdadeiro, esteja assegurado.

É com lógica jurídico-científica que, por conseguinte, podemos afirmar que os chamados “direitos sociais” – nomeadamente o direito à protecção da saúde - evocam uma democracia económica e social em um caminho triplo (4),(32), (33): 1º) A protecção da saúde é direito de todos os portugueses e, por tendência, a todos os residentes em

² Cfr. Título III, Capítulos I e II da CRP, art.s 58º e ss. e 63º e ss..



Portugal. Incluído ainda a segurança social; a habitação ou moradia; o ambiente; a qualidade de vida;³ Mas, desde logo se coloca o problema do custo do Estado de Direito social e da associada gestão honesta e transparente dos dinheiros públicos (15), (22), (23), (24) porque se todos os portugueses sai muito caro, todos os residentes em Portugal são ainda mais caros. Deste modo, a questão é saber que prioridades deverão afinal ter o Estado de Direito Social e que tipo de democracia pretende-se usufruir (43). E quando pensamos em Portugal, pensamos em todos os Estados que procuram concretizar o Estado de Direito, social, democrático, livre e verdadeiro. 2º) Está previsto, pois, um tratamento preferencial para as pessoas que, por causa do seu enquadramento económico, social ou físico, não podem, infelizmente, gozar dos direitos sociais.⁴ Prevê-se, por conseguinte, que em alguns casos, poderá ter que se despende uma maior quantia de dinheiro, ou melhor, investimento. É uma justa discriminação pela positiva; 3º) Os dois sentidos anteriores implicam uma tendencial igualdade dos cidadãos no que concerne às prestações sociais, em direcção a um sistema unificado de segurança social, um serviço nacional de saúde, universal, geral e tendencialmente gratuito, uma política nacional de prevenção e tratamento, reabilitação e integração dos deficientes⁵, sem esquecer que quem pode pagar mais, em efectivo e concreto, pode mesmo, pagar mais. O universo económico da saúde é muito vasto e complexo, assim não basta dar dinheiro à saúde, é necessário investir esse dinheiro bem “lá dentro”, cortando os excessos, os desperdícios e a corrupção. Coisas tão simples e comuns – basta ir à comunicação social, também aqui credível -, como o furto de instrumentos, medicamentos, alimentação e outros utensílios dentro das unidades hospitalares, os quais, em alguns casos, atingem valores exorbitantes. Outra questão é a utilização de bens públicos, no contexto dos hospitais e afins públicos, para exploração privada dos mesmos, incluindo máquinas e consultórios. Enfim, só aqui seriam poupados milhares de milhões de euros, reais, dólares.

Existe um direito de exigir do Estado, ou de terceiros, que não existam actos ou omissões que prejudiquem a saúde (32), (33). Estamos aqui numa perspectiva que chamamos de negativa: são os chamados direitos de defesa tradicionais. Existindo também, em paralelo, e não obstante, uma dimensão positiva: um direito às prestações e

³ Cfr. art.s 63º, 64º, 65º, 66º e 67º da CRP.

⁴ Cfr. art.s 64º/2, 63º/4, 65º/3, 67º, alínea e., 68º, 69º, 70º, 71º e 72º da CRP.

⁵ Cfr. respectivamente art.s 63º/2, 64º/2 e 71º/2 da CRP.



medidas estaduais tendo por objectivo a prevenção das doenças e o tratamento delas. É aqui que estamos perante um direito constitucional social pleno (29), (49), (52). Aliás, para que o direito constitucional seja pleno temos que estar vigilantes em constância quanto à sua concretização.

É na segunda vertente apontada – direito positivo - que se discrimina um direito social nas vestes de um direito à protecção da saúde. E podemos dividir este direito positivo em duas partes: subjectiva e objectivo-programática que são exigíveis prestações de Estado. É também por aqui que se impõe às entidades públicas a realização de determinadas tarefas, de cuja concretização depende a própria realização do direito. Desde logo, em Portugal, existe uma obrigação constitucional na criação e manutenção de um serviço nacional de saúde.⁶ Também podemos dizer que existe uma imposição programática numa dupla faceta prática. Primeiro, no facto do incumprimento por parte do Estado das imposições constitucionais referentes ao direito à saúde poder fundamentar uma inconstitucionalidade por omissão. Estamos a pensar na própria criação do serviço nacional de saúde.⁷ Segundo, na exequibilidade das obrigações estaduais necessárias ao direito que se funda de modo subjectivo – constituição do serviço nacional de saúde. Não pode haver uma revogação desta execução. Aliás, se existissem algumas dúvidas, veja-se o seguinte: o Acórdão do Tribunal Constitucional português nº 39/84 veio declarar a inconstitucionalidade duma norma que revogava a lei instituidora do designado SNS: Serviço Nacional de Saúde. Enquanto existir Estado de Direito social, democrático, livre e verdadeiro, haverá SNS. Mesmo que existam naturais reformas e aprimoramentos.

Certo que o investimento público é também feito no contexto duma sociedade do risco (27), (28), (29), (40), (41), (50), (51). Mas também podemos dizer que o risco sempre existiu, fosse ele de diferente tipo como de facto também foi e é ao longo da história.

Podemos então pré-concluir que em Portugal, o serviço nacional de saúde-SNS é mesmo um serviço obrigatório de activação necessária e de existência irreversível, e esta afirmação não prejudica o facto do SNS-Serviço Nacional de Saúde poder ser reformado ou aperfeiçoado. Também no sentido na maior eficácia na aplicação dos recursos e dinheiros públicos, ou seja, a gestão incorrecta dos dinheiros públicos, quer a nível de

⁶ António ARNAUT é considerado o pai do SNS-Serviço Nacional de Saúde em Portugal: https://pt.wikipedia.org/wiki/Ant%C3%B3nio_Arnaut.

⁷ Cfr. art. 283º da Constituição da República Portuguesa.



política geral, quer a nível de política sectorial, vai mesmo prejudicar o direito à protecção da saúde. A gestão do dinheiro público não é uma brincadeira de somenos, está em causa, no caso da saúde, não só mas também, a própria saúde individual das pessoas, a própria vida das pessoas.

Na nossa opinião, é, por conseguinte, necessária, adequada e proporcional, que exista uma tutela jurídico-constitucional (constitucional) dos dinheiros públicos nas suas diferentes ramificações – civil, administrativa, contra-ordenacional, criminal, entre outras possíveis. De contrário, se não existir essa mesma tutela, é quase impossível que se verifique uma concretização prática dos direitos e deveres constitucionais sociais relacionados nomeadamente com o direito à saúde. Sem esquecer a chamada recuperação de activos que resultam das actividades (i)lícitas de dinheiros públicos, por vezes em esquemas público-privados bastante complexos nos quais os lóbis de pressão económica e financeira, não está sequer regulamentados. O que é negativo para o Interesse Público, mas inclusive para os próprios.

A concretização dos direitos, mas também deveres, constitucionais fundamentais sociais, designadamente na saúde, é uma hipótese útil. O tratamento dos dinheiros públicos tem que ser transparente, responsável também no sector da saúde. É fundamental que se verifique uma efectiva prevenção da corrupção no sector público, mas também no sector privado. Pois a saúde está presente no sector público, mas também no sector privado. E, como dissemos antes, existe por vezes uma promiscuidade, não apenas de “prazer” nas vantagens (i)lícitas, mas também quase escatológica entre os mesmos e até punitiva quando alguém se tenta interpor, quando se trata de corromper e ser corrompido.

A honestidade e transparência democráticas na gestão dos dinheiros públicos relacionados com o direito e dever à saúde só têm a ganhar com uma responsabilidade financeira e criminal que vise as prevenções geral e especial positivas, não descurando uma retribuição necessária, adequada e proporcional. O que, em todo o caso, também não prejudica o objectivo de se querer alcançar uma justiça restaurativa. Tudo isto somado permite concretizar melhor a complexa inter-relação dos princípios constitucionais fundamentais sociais, mas igualmente económicos e culturais. E, que neste caso queremos destacar, direito e dever à saúde. Num sistema económico capitalista, onde os



dinheiros públicos são capturados por interesses muitas vezes corrompidos e corruptores, que será do Interesse Público na saúde pública da esmagadora maioria da população?

Também aqui queremos afirmar: chegou o momento de percebermos que estamos a lidar com peças do mesmo xadrez. Exige-se do ponto de vista constitucional a existência de uma só estratégia, sem prejuízo de irmos aperfeiçoando a mesma ao longo do tempo. As áreas constitucional, administrativa, penal, de gestão pública e de ciência de administração e boa governança dos dinheiros públicos nomeadamente os dinheiros da saúde, devem comungar esforços no mesmo sentido: o de ajudar a construir um efectivo Estado de Direito (2) Social, democrático, livre e verdadeiro. É inegável que os assuntos do(s) Tribunal Federal/Constitucional, Supremo/Superior Tribunal de Justiça e Tribunais de Contas, têm uma relação entre si. Em Portugal ou no Brasil. Países irmãos onde se fala a mesma língua portuguesa. A totalidade destes tribunais não pode descurar a gestão dos recursos dos contribuintes e o endividamento dos poderes públicos e das empresas públicas, nomeadamente na saúde. É uma forma da doutrina, legislação e jurisprudência contribuirem para a sobrevivência do próprio Estado de Direito social democrático, livre e verdadeiro. O poder judicial, não deixando de respeitar o poder legislativo e o poder executivo, não pode deixar de se articular dentro de si próprio. De contrário, verificar-se-á uma clara desarticulação que somente pode ter resultados práticos muito nefastos.

Se a dívida de um país se torna demasiado profunda, é a soberania nacional que fica em perigo. As relações com os credores externos, incluindo credores mais, ou menos, agiotas, tornam-se numa espécie de subversões do poder nacional democrático. A saúde da maioria dos cidadãos passa a ser algo completamente secundário. Desprezível, risível. E isso não é tolerável, quer do ponto de vista constitucional, quer do ponto de vista do Estado de Direito, social, democrático, o qual se pretende que seja cada vez mais livre e verdadeiro.

É fundamental em absoluto – do ponto de vista constitucional constitucional - gerir com competência e honestidade os dinheiros públicos. Em especial na área da saúde ou na área da educação. Não podemos olvidar, pois, de modo prospectivo, da também necessidade, adequação e proporcionalidade da existência duma responsabilidade financeira e criminal eficaz e por meios adequados à recuperação de activos/ativos. Ponto que já falámos e que constitui também uma das essenciais centralidades de toda esta questão.



São esses mesmos activos/ativos públicos que estão apontados à concretização dos direitos constitucionais fundamentais sociais em países como o Brasil ou Portugal. Com destaque para o direito e dever à saúde das populações. Sem saúde, mais nada é possível.

Activos ou ativos esses que não podemos aceitar que se desviem do interesse público. Que se desviem da aplicação na saúde e na educação ou na previdência social. Não seria tolerável desde o ponto de vista democrático.

Não esquecendo, em momento algum – mais uma vez e também por aqui - que o Estado, ele próprio, pode ser o criminoso. Que o legislador-alfaiate – fazendo leis à medida - pode, ele próprio, ser o criminoso. Foi um dos primeiros ensinamentos que tivemos com os nossos Mestres, quer Jorge de Figueiredo Dias, quer Manuel da Costa Andrade.

Pelo que a questão é também de novo: saber “quem guarda os guardas?”, ainda ouvimos a voz de Juvenal. Pois se o dinheiro corrompe, o poder também, aliás “melhores amigos”, muitas das vezes. Se o cinismo grego é cada vez mais raro, se o epicurismo foi pervertido em muitos dos casos, raras são também as situações, nas quais o estoicismo é levado a sério.

Considerações Finais

Os Tribunais portugueses e brasileiros devem estar atentos à gestão dos recursos dos contribuintes e ao endividamento dos poderes públicos e das empresas públicas. Designadamente no sector da saúde pública e privada. O nível de desenvolvimento da saúde dum país traduz o exacto estado de desenvolvimento em que esse país está do ponto de vista social. Falamos, claro está, dum Estado de Direito social, democrático, que se pretende cada vez mais livre e verdadeiro. Assim, o problema da dívida pública é um problema, no caso, da própria sobrevivência da democracia. Dívidas que, inclusive, portanto, têm implicações na soberania nacional e nas relações com os credores externos. É importante gerir com competência e honestidade os dinheiros públicos. Estamos a falar da importante área da saúde. Assim, o Estado terá mais recursos para aplicar no Direito Constitucional Fundamental Social à Saúde. Não se pode esquecer, de modo paralelo, da necessidade, adequação e proporcionalidade da existência duma responsabilidade criminal eficaz e por meios adequados à recuperação de activos públicos, dirigidos à concretização dos Direitos Constitucionais Fundamentais Sociais de protecção da saúde



em países como Portugal ou o Brasil, Israel ou os EUA, etc., entre outros, que tenham sido irregularmente desviados para servir interesses privados e/ou contra o interesse público. Os interesses privados no âmbito dos designadamente dos direitos fundamentais da propriedade privada, e da iniciativa privada, são bem-vindos, desde que tenham em consideração o Interesse Público, como um princípio modelador do princípio da igualdade de oportunidades.

A má gestão dos dinheiros públicos, nomeadamente na saúde – por dolo ou negligência grosseira – tem que ter consequências efectivas. Não pode ser um exercício de ensaio “para inglês ver”.

Os crimes tributários e a responsabilidade por ilícitos tributários tutelam no essencial a recepção constitucional (constitucional) das receitas públicas. No fundamental, é isto e apenas isto, que está em causa.

Os crimes financeiros e a responsabilidade por ilícitos financeiros tutelam a distribuição constitucional (constitucional) dessas mesmas receitas públicas.⁸ Em especial na área da saúde. Não só, mas também.

Tal como Jano, são duas faces da mesma moeda. Tal como a Mulher de César, não basta ser, é preciso parecer. De contrário, o Estado deixa-se capturar por aquilo que se torna cada vez mais semelhante a uma organização criminosa, ao crime organizado.

Só com esta dupla visão – que é uma visão complexa -, com base numa ética multilateral, é que se poderão concretizar com maior eficácia os direitos fundamentais sociais de modo mais profundo e amplo. Designadamente o direito universal dos cidadãos, ou equiparados, à saúde. O legítimo direito e dever à saúde.

De contrário, a evasão aos impostos pode se tornar, ela própria, uma questão de ética, em face da corrupção no Estado na utilização constitucional (constitucional) dos dinheiros públicos. Dinheiros públicos que serão desviados da área da saúde. Da área da educação, da área da segurança social. O chamado Estado de bem-estar social fica cada vez mais moribundo. O que conduzirá à violação dos princípios fundadores das Constituições típicas de um Estado de Direito social, democrático, livre e verdadeiro. De

⁸ BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo, “Responsabilidade Financeira e Criminal – Direitos Constitucionais Sociais, Dinheiros Públicos e Recuperação de Ativos – Prefácio de Jónatas Machado”, Editora Juruá, Paraná-Curitiba, Brasil e Lisboa, Portugal, ISBN 978853625032-8, *passim*.



um Estado e/ou de um espaço e tempo com saúde, uma saúde que é de todos e de cada um.

Referências

- 1 Adorno, Theodor W., *Minima Moralia. Reflexionen aus dem beschädigten Leben* (Gebundene Ausgabe) Suhrkamp, 26.^a Ed., Alemanha, 2000.
- 2 ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. In: *Ciência Política, Estado e Direito Público § Uma Introdução ao Direito Público da Contemporaneidade*, Prefácio: Celso Antônio Bandeira de Mello. Editora Verbatim, 2014.
- 3 Almeida, João Nogueira de, «Direitos sociais e Orçamento do Estado», Colóquio «Direitos Sociais, Gestão Pública e Controlo Financeiro», na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com a organização do Tribunal de Contas, do *Ius Gentium Conimbrigae* e do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ocorrido em 23 de Abril de 2014, 9Hrs-18Hrs.
- 4 ALVES, Fernando de Brito, *Democracia À Portuguesa Retórica democrática na tradição jurídica lusófona* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- 5 Andrade, Fernando Rocha, A limitação constitucional do défice orçamental e sua circunstância, Versão provisória do estudo elaborado para publicação na obra *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida*, *Studia Juridica*, n.º 107, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.
- 6 Andrade, Manuel Da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia à luz do conceito de bem jurídico, *Direito Penal Económico*, edições CEJ, Coimbra, Portugal, 1985; ou A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro) à luz do conceito de bem jurídico» in *IDPEE* (organização), *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, Portugal 1998, pp. 389 e ss. e 398 e ss.
- 7 Andrade, Manuel Da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal (Consentimento Para A Fundamentação De Um Paradigma Dualista)*, tese de dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais pela FDUC; Coimbra Editora, Limitada, Portugal, 1990 (reedição em 2004).
- 8 Andrade, Manuel Da Costa, A "dignidade penal" e a carência de tutela penal como referência de uma doutrina teleológica-racional do crime, *RPCC*, ano 2, fascículo 2, 1992.
- 9 Andrade, Manuel Da Costa, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal - Uma Perspectiva Jurídico-Criminal*, Coimbra Editora, Coimbra, Portugal, 1996.
- 10 Andrade, Manuel Da Costa, in *Comentário Conimbricense Do Código Penal, Parte Especial*, Tomo II, Artigos 202º A 307º, Dirigido por J. De Figueiredo Dias, em nótula e



anotação, juntamente com Jorge de Figueiredo Dias, ao art. 234.º do Código Penal (Apropriação ilegítima), Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

11 Andrade, Manuel Da Costa, O Abuso de Liberdade de Imprensa, Liberdade de Imprensa e Tutela Penal da Privacidade, Conferência, com coordenação, em colaboração com a Delegação da Ordem dos Advogados de Valpaços, de Raquel De Castro Lopo, Notícias de Chaves, Portugal, 2003.

12 Andrade, Manuel Da Costa, Entrevista in www.correiodamanha.pt, 30/9/2007. No dia 21/3/07, na FDUC, aquando da «última aula do Prof. Catedrático Doutor Jorge De Figueiredo Dias», citando B. Brecht, afirma algo como isto: será maior crime roubar um banco ou ter um banco?.

13 APFEL, Henner, in Die Subsidiaritätsklausel der Unterschlagung, vorgelegt von Henner Apfel, Bielefeld, 2006, pp. 3-154.

14 Azevedo, Domingos, apresentação do 10.º Anuário Financeiro dos Municípios Portugueses 2013, Lidergraf, OTOC-Tribunal de Contas-IPCA-CICF-FCT-NEAPP-Universidade do Minho, Julho de 2014, da autoria de João Carvalho/Maria José Fernandes/Pedro Camões/Susana Jorge, Organização da Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas e da Rádio-Jornal TSF-Telefonia Sem Fios, Auditório Cardeal Medeiros, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 22/7/2014.

15 Bandeira, Gonçalo N.C. Sopas de Melo Bandeira, “Responsabilidade” Penal Económico e Fiscal dos Entes Colectivos À Volta das Sociedades Comerciais e Sociedades Civis sob a Forma Comercial », Editora Almedina, Coimbra, 2004, pp. 56 e ss..

16 Bandeira, Gonçalo S. de Melo, A Honra e a Liberdade de Expressão – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Jurisprudência Crítica, RPCC – Ano 16 – Fascículo 4.º, Coimbra Editora, Portugal, Outubro – Dezembro de 2006-2007, pp. 643 e ss..

17 Bandeira, Gonçalo N.C.S. de Melo, O Crime de “Branqueamento” e a Criminalidade Organizada no Ordenamento Jurídico Português no contexto da União Europeia: novos desenvolvimentos e novas conclusões, in AA.VV., Coordenação de Nascimento Silva, Luciano / Bandeira, Gonçalo N.C. Sopas de Melo, «Branqueamento de Capitais e Injusto Penal - Análise Dogmática e Doutrina Comparada Luso-Brasileira», Editora Juruá, www.jurua.com.br, Lisboa, Portugal, 2010, pp. 555-668.

18 Bandeira, G.N.C.S. de Melo, Abuso de Informação, Manipulação do Mercado e Responsabilidade Penal das “Pessoas Colectivas” – “Tipos Cumulativos” e Bens Jurídicos Colectivos na “Globalização” – Edição Revista e Ampliada com Texto Extra – Editorial Juruá, Portugal, Lisboa, 2011 e 2014 (3.ª tiragem).

19 Bandeira, Gonçalo S. de Melo, Responsabilidade criminal e recuperação de activos», Colóquio «Direitos Sociais, Gestão Pública e Controlo Financeiro, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com a organização do Tribunal de Contas, do Ius Gentium Conimbrigae e do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ocorrido em 23 de Abril de 2014, 9Hrs-18Hrs.



- 20 Bandeira, Gonçalo S. de Melo, “Nova” Lei da Concorrência de 2012 é mais Justiça?, Justiça, Ciência&Pol tica com Tempero, Diário do Minho, 30/5/2014, p. 22.
- 21 Bandeira, Gonçalo S. de Melo, Lições de Direito Econ mico e Financeiro, Curso de Gestão Bancária e Seguros, 2013/2014, Maio de 2014, ESG/IPCA, 4.  Edição, Barcelos.
- 22 Bandeira, Gonçalo S. de Melo, Tribunal Constitucional: hora de cortar nas PPP’s, contratos futuros swap..., Justiça, Ciência&Pol tica com Tempero, Diário do Minho, 6/6/2014, p. 21.
- 23 Bandeira, Gonçalo S. de Melo, Há alternativas ao aumento de impostos? Sim, há, Justiça, Ciência&Pol tica com Tempero, Diário do Minho, 13/6/2014, p. 22.
- 24 Bandeira, Gonçalo S. de Melo,   sistema capitalista, quanto do teu Portugal são lavagens de capital?, Justiça, Ciência&Pol tica com Tempero, Diário do Minho, 1/8/2014, p. 18.
- 25 Bandeira, Gonçalo S. de Melo, Férias, repouso e lazer: Direito Fundamental Constitucional dos trabalhadores, Justiça, Ciência&Pol tica com Tempero, Diário do Minho, 15/8/2014, p. 2.
- 26 Beccaria, Cesare, Dei Delitti e Delle Pene» e/ou Dos Delitos e Das Penas com tradução de José De Faria Costa, do original italiano, Edição de Harlem, Livorno, Itália, 1766, revista por Primola Vingiano, com dois ensaios introdutórios de José De Faria Costa e Giorgio Marinucci, Serviço de Educa o, Funda o Calouste Gulbenkian, 1998.
- 27 Beck, Ulrich, in Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt, 1986.
- 28 Beck, Ulrich, in Den Blick auf die Welt  ffnen», Macht und Ohnmacht im Zeitalter der Globalisierung. Brigitte Neumann im Gespräch mit dem Soziologen Ulrich Beck, Illustrationen Bernd Bexte, Was Bringt Die Globalisierung? Chancen und Risiken auf dem Weg zur einen Welt», Deutschland, Forum für Politik, Kultur, Wirtschaft und Wissenschaft, Juni/Juli, D Nr.3, Alemanha, 2003.
- 29 Bonavides, Paulo A, P, Hist ria Constitucional do Brasil, 6.  Edi o, Brasil, OAB Editora, 2004.
- 30 Borgmann, O., Steuerliche Wirtschaftsdelikte und ihre Verfolgung in Theorie und Praxis», Belke, R./u. J. Oehmichen (hrsg.), Wirtschaftskriminalität. Aktuelle Fragen in Wirtschaftsrechts in Theorie und Praxis, Bamberg, 1983, pp. 137 e ss. e 159 e ss..
- 31 Bottke, Wilfried, in Der Legitimität des Wirtschaftsstrafrechts im engen Sinne und seiner spezifischen Deliktsbeschreibungen, in Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts, Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, Herausgegeben von Bernd Sch nemann Carlos Su rez Gonz lez, Carl Heymanns Verlag KG • K ln • Berlin • Bonn • München, Alemanha, 1994, pp. 109 e ss..



- 32 Canotilho, J.J.G, Moreira, V, in in CRP § Constituição da República Portuguesa § Anotada § Artigos 1.º a 107.º, Volume I, 4.ª Edição Revista, Coimbra Editora, 2007.
- 33 Canotilho, J.J. Gomes / Moreira, Vital, CRP § Constituição da República Portuguesa § Anotada § Artigos 108.º a 296.º, Volume II, 4.ª Edição Revista, Coimbra Editora, 2010.
- 34 Costa, José de Faria, Direito Penal da Comunicação (Alguns escritos), Coimbra Editora, Coimbra, Portugal, 1998.
- 35 Dias, Jorge de Figueiredo /Andrade, Manuel Da Costa, in Criminologia O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena, 2.ª Reimpressão (1997), Coimbra Editora, Coimbra, Portugal, 1992.
- 36 Dias, Jorge de Figueiredo, Comentário Conimbricense Do Código Penal, Parte Especial, Tomo II, Artigos 202º A 307º, Dirigido por Jorge De Figueiredo Dias, Coimbra Editora, em anotação ao artigo 205.º do C.P., Coimbra, Portugal, 1999.
- 37 Dias, Jorge de Figueiredo, Comentário Conimbricense Do Código Penal, Parte Especial, Tomo II, Artigos 202º A 307º, Dirigido por J. De Figueiredo Dias, em nótula e anotação, juntamente com Manuel da Costa Andrade, ao art. 234.º do Código Penal (Apropriação ilegítima), Coimbra Editora, Coimbra, 1999.
- 38 Dias, Jorge de Figueiredo, Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente - um quarto de século depois, Jorge De Figueiredo Dias / Irineu Barreto / Tereza Beleza / Paz Ferreira (orgs.), Estudos de Homenagem a Cunha Rodrigues, Volume I, Coimbra Editora, Portugal, 2001, pp. 390 e ss..
- 39 Dias, Jorge de Figueiredo, Direito Penal § Parte Geral § Tomo I § Questões Fundamentais § A Doutrina Geral do Crime, 2.ª Edição actualizada e ampliada, Coimbra Editora, Coimbra, Portugal, 2007.
- 40 Gersão, Eliana, Revisão do Sistema Jurídico Relativo À Infracção Fiscal, publicado in Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, nº 112 (1976) ou Direito Penal Económico E Europeu: Textos Doutrinários, Volume II, Problemas Especiais, Coimbra Editora, 1999.
- 41 Greenspan, Alan, The Challenge of Central Banking in a Democratic Society, discurso perante o American Enterprise Institute for Public Policy, Washington D.C., EUA, 5/12/1996, <http://www.federalreserve.gov/BOARDDOCS/SPEECHES/19961205.htm> .
- 42 Greenspan, Alan, The Age of Turbulence, Adventures in a New World, The Penguin Press, New York, EUA, 2007.
- 43 Júnior, Sérgio Alexandre de Moraes Braga, Improbidade Administrativa, Revista Jurídica do Ministério Público da Paraíba, Janeiro-Junho, Ano 1, n.º 1, Janeiro-Junho, 2007, pp. 122 e ss..
- 44 Kaufmann, Marcel, in Europäische Integration und Demokratierprinzip, Baden-Baden Nomos-Verl.-Ges., Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit, Bd. 71, 1 Aufl., 1997.



- 45 Machado, Jónatas E. M., in *Direito da União Europeia*», Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- 46 Machado, Jónatas E. M./Costa, Paulo Nogueira da, in *Curso de Direito Tributário*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 43 e ss.
- 47 Machado, Jónatas E. M., *Direitos sociais como opção fundamental do Direito Internacional*», Colóquio Direitos Sociais, Gestão Pública e Controlo Financeiro, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com a organização do Tribunal de Contas, do *Ius Gentium Conimbrigae* e do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ocorrido em 23 de Abril de 2014, 9Hrs-18Hrs.
- 48 Mahamut, María del Rosario García. *La Responsabilidad Penal De Los Miembros Del Gobierno En La Constitución*, Madrid: Tecnos, 2000.
- 49 Quelhas, José Manuel Santos, *Previsibilidade das crises financeiras e limitação do seu impacto social*, Colóquio Direitos Sociais, Gestão Pública e Controlo Financeiro, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com a organização do Tribunal de Contas, do *Ius Gentium Conimbrigae* e do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ocorrido em 23 de Abril de 2014, 9Hrs-18Hrs.
- 50 ROTHENBURG, Walter Claudius. In: *Direito Constitucional*, Editora Verbatim, 1ª edição, 2010.
- 51 Shiller, Robert J., 1.ª edição em 2000; e in *Irrational Exuberance, Second Edition, With new material on the real estate bubble*, Currency - Doubleday, New York / London / Toronto / Sydney / Auckland, EUA-RU-Canadá, Austrália, 2005.
- 52 Shiller, Robert J., em entrevista ao jornal alemão *Frankfurter Allgemeinen Zeitung* (www.faz.net), 29/3/06 (a Hanno Beck), Alemanha, 2006.
- 53 SILVEIRA, Vladmir Oliveira. *O Poder Reformador na Constituição de 1988 e os limites jurídicos das reformas constitucionais*, 1ª edição, São Paulo: RCS, 2006.
- 54 Wertenbruch, Wilhelm, *Sozialverfassung, Sozialverwaltung: Ein exemplarischer Leitfad, zugleich eine Einführung in das Vorhaben eines Sozialgesetzbuches*», Athenäum-Verlag, ISBN 3761061641, Frankfurt am Main, 1974.



55 Yunus, Muhammad, Vers un monde sans pauvreté, com Alan Jolis, J.-C. Lattès, França, 1997, pp. 14 e 17 e ss..

Agradecimento ao Sr. Prof. Doutor André Gonçalo Dias Pereira, ímpar entre pares, da nossa Alma Mater, a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Recebido em: 18/9/2016
Aprovado em: 29/9/2016

Como citar este artigo:

Bandeira GSM. Direito e Dever Constitucional Fundamental à Saúde e Responsabilidade Financeira e Criminal pelos Dinheiros Públicos. *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. 2016 dez., 5 supl. 1:61-76.



Fragmentos axiológicos e eixos de afirmação do Direito da Medicina

Axiological fragments and claim axes of medical Law

Fragmentos axiológicos y ejes de aseveración del derecho Médico

João Vaz Rodrigues ¹

RESUMO: Existem aspectos peculiares e universais no ordenamento normativo da saúde, tal como nas relações jurídicas entre os profissionais de saúde e os pacientes. Os que ressaltam em originalidade e perpassam outras disciplinas decorrem logo da dignidade e da autonomia (*vg. privacidade e autonomia*: consentimento esclarecido e, radicalmente, a recusa e revogação). Neste texto vou abordar além do cuidado e da solidariedade, nesse *feixe que* conexas o *Digesto*, alguns aspectos sobre princípios como o de respeito e reconhecimento, e entre o mais, apontar contributos para uma autonomia disciplinar que parece impor-se: a do Direito da Medicina.

Palavras-chave: Direito da Medicina, Consentimento, Recusa. Respeito

ABSTRACT: There are unique and universal aspects of the legal system as in the juridical relationship between medical agents and patients. Those aspects which emerge with the originality that crosses several disciplines are dignity, privacy and autonomy (*vg: informed consent and, radically, refusal or revocation of consent*). Throughout this text I'll bring to those matters, not only some ideas about care and solidarity, but also some aspects of principles such as respect and recognition, and among the most, pointing contributions to Law Medicine as an autonomous *model of rules*, in order to interconnect the existing legal *puzzle*.

Keywords: Law, Medicine, Informed consent. Informed refusal. Respect

RESUMEN: Hay aspectos únicos y universales de la ley y de la relación jurídica entre los profesionales de la salud y los pacientes. Los que se destacan en el tallo de originalidad son la dignidad y la autonomía (*aún privacidad*: consentimiento informado, y radicalmente, la denegación y revocación). En este artículo voy a tratar de revisar los trozos resultantes, más allá de los deberes de cuidado en salud y de la solidaridad, algunos aspectos de los principios cómo el de respeto y el de reconocimiento, y entre los demás, contribuciones para agasajar una autonomía disciplinaria que va a imponerse: el Derecho de la Medicina.

Palabras clave: Derecho, Medicina. Consentimiento. Rechazo. Respecto

¹ Professor Auxiliar. Escola de Ciências Sociais. Universidade de Évora. Portugal. Advogado. Membro Conselho Superior de Magistratura. E-mail: vaz.rodrigues@vrcpsc.com



Introdução

Não te dei Adão, nem um aspecto propriamente teu, nem nenhuma prerrogativa tua, para que aquele lugar, aquele aspecto, aquelas prerrogativas que tu desejas, tudo, segundo a tua vontade e juízo, obtenhas e conserves. A natureza determinada dos restantes seres está contida nas leis por mim prescritas. Tu determiná-la-ás a ti mesmo, sem estar condicionado por nenhuma fronteira, segundo o teu arbítrio, a cujo poder te consigno. Pus-te no centro do mundo para que descobrisses melhor o que há nele. Não te fiz nem celeste nem terrestre, nem mortal nem imortal, para que tu próprio, livre e soberano artífice, te modelasses e esculpisses, na forma escolhida por ti. Poderás degenerar para as coisas inferiores, até aos brutos; poderás regenerar-te, segundo a tua vontade, para as coisas superiores que são divinas. Giovanni Pico de La Mirandola, *Oratio pro hominis dignitate*²

A manifestação relevante da vontade legítima redundando em uma projecção do âmago do respeito. Trata-se da exposição sincrética das faculdades que oferecem mensurabilidade sobre as opções e o arbítrio das disponibilidades contingentes ao desiderato. Uso a expressão arbítrio com plena consciência do peso que a vontade possui para o efeito e darei sinonímia integral a alvedrio; mas pretendo-a discricionária e sindicável. Inclui, pois, por natureza, o poder individual de apontar as fronteiras da coexistência com os outros e a rota das consequências da interactividade. Eis a ambição da vivência humana individual em vista e por força das plataformas relacionais com a comunidade e acesso a *bens* e utilidades elegíveis. Servindo-se intervenientes, sem prejuízo do entorno, majoram-se os interesses recíprocos. Traduz-se reconhecimento.

Esta realidade obriga a (re)ponderar permanentemente pontos prévios. Recolho a doutrina de Orlando de Carvalho sobre a *relação jurídica* e o poder individual que nesta se produz como contemporânea pré-aquisição da humanidade ao ser-em-devir que é o ser humano e se projecta e explica em convivência com os poderes|deveres alheios. Personificação, portanto. Para tanto, é reconhecível um mecanismo individual de inalienável produção potencial de Direito (*jurisgenia*), já que o ser humano expõe-se em alteridade, por afirmação, mas impelido à construção e modificação do meio ambiente. Construções comunitárias para cujas matérias convoca a confluência das liberdades



essenciais ³. Neste sentido, a pretexto da forçosa conformação do mundo pelo ser humano, constatou Hannah Arendt (1):

Si el mundo se entrega a la obligatoriedad de sus propias leyes materiales, no recibe la influencia de la fuerza legisladora del ser humano y sólo resta esa melancolía general que desde los salmos de Salomón constituye la sabiduría de este mundo. Si el ser humano acepta esta marcha forzada como ley suprema y se pone a su disposición, no está sino preparando la decadencia del género humano. Una vez que se produzca ésta, la marcha forzada del mundo se convertirá —sin más impedimentos y sin que lo amenace la libertad humana— en un «eterno retorno», en la ley de una naturaleza que el ser humano no manipulará, pero en la que tampoco encontrará un hogar, pues no puede vivir en la naturaleza sino transformarla

Será improvável ao ser humano deixar de transformar a natureza tal como deixar de transformar-se por força da correlação consequente ⁴. A par deste fenómeno consequente de *recíproca transformação* subsiste a personalidade humana anterior ao querer ou à manifestação jurídica. É inevitabilidade da inteligência reconhecer a personificação para

³ Classificam-se os direitos de personalidade em inatos e não inatos (tal como em essenciais, pessoais, absolutos e indisponíveis: ao menos tendencialmente). Ensina Orlando de Carvalho: aqueles «...são subjectivações de aspectos do poder de autodeterminação» e estes podem ser adquiridos, como o direito ao nome e/ou ao pseudónimo que derivam do direito inato à identidade (identificação pessoal), adstrito após actuação formal no registo civil (já a alcinha oscilará entre a formalidade e a coexistência). Acrescenta: «Claro que esta nomenclatura extravasa do positivismo legalista dominante, que só admite direitos como emanção da norma e, por conseguinte, direitos *adquiridos*...», TGDC, Coimbra, 2012, pp. 148 ss. Ultrapassa assim os arreios positivistas sem cair nas *tentações* de um jusnaturalismo que retire *legitimidade* ao poder legiferante, ou pior, que *reescreva* o direito materializado. Para tanto, recorre à construção inovadora própria de uma relação jurídica analisável e susceptível de traduzir a realidade e de ser aplicada, enquanto *funcional* (interesses) ou *estrutural* (preceito), ID|*ibid*: *Introdução*, pp. 98 ss. Neste sentido, a relação jurídica enquanto dupla manifestação interage com as esferas de legitimação porquanto ambas concorrem entre si. Nestas linhas não tem cabimento a *vexata quaestio* entre positivismo e jusnaturalismo, mas registo a dificuldade em *movimentar* a realidade a partir da norma positivada sem recorrer ao *éter* revivificador que recoloque um *reconhecimento heurístico* da actualidade em harmonia com a *raiz* humana. Daqui ser-me bem-vindo um modelo a ultrapassar as *dificuldades* das correntes. A pessoa humana, retomando as palavras do Mestre: «Não precisa de leis, não precisa de *rerum natura* para se impor», *Para uma Teoria da Pessoa Humana*, *ibid*, p. 266. No mesmo esteio leio Luísa Neto: «Muito ao invés de digladiar positivismo e jusnaturalismo, há que apontar para uma perspectiva de tolerância que posiciona os direitos fundamentais num ambiente de consenso que torna subsidiária a acção do Estado. Este, por qualquer que seja a sua forma e vocação última jamais poderá ser considerado um fim em si mesmo. Só o Homem o há-de ser.». Contudo, logo em seguida, a A. radica uma necessária obediência *prévia*, fundante, do direito positivo ao direito natural: «[Ultrapassadas discussões estéreis opondo o humanismo e o individualismo face ao universalismo, hoje é-nos claro que o direito natural *funda* e garante *ab superiore* o direito positivo]», *O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo*, Revista FDUP, I, 2004, Março, pp. 221-246, Coimbra, p. 228; *O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo: a relevância da vontade na confirmação do seu regime*, 5, FDUP, Coimbra, 2004: pp 53-213, 78 ss. e 196 ss.

⁴ Do mesmo modo não será de retirar a natureza ao humano, enquanto realidade frente à qual se coloca, como sua complementaridade; dimensão real do que lhe é inteligível e inteligência pela qual pugna por sequela uma inevitável ética de responsabilidade. Fica assim a alteridade relacional complementada com a esfera da realidade sob o denominador da inteligência.



então reivindicar normativamente a respectiva projecção. Daqui as gradações. É o «portal da dignidade (2). Depois, matizes distintivas entre o poder positivado da liberdade e de autodeterminação e as emanações concretas desse poder.

Sendo certo que a pessoa humana é plena de incompletudes e, por isso mesmo, surge permanentemente com necessidades por satisfazer (sobrevivência, cultura e comunicação), não deixo de lhe creditar respeito por um princípio de não ingerência. Por aqui segue também explicação para a alteridade. Existe um fio permanente de propostas e de aceitações para as interações em que se arquitecta a comunidade. Tanto requer regulação e tutelas. Eis uma das facetas do estatuto da dignidade que explica o ser e o querer, livres enquanto respeitáveis. Respeito, um pleno de valor a impregnar legitimamente o ordenamento da realidade, com a *vita activa* da singularidade humana a exigir a conformação da condição humana. Ensejo de uma *imortalidade ambicionada* na eternidade do cosmos envolvente, para se afirmar enquanto *homo faber*: o manufactor e guardião do *relógio*. Uma humanidade que a partir do iluminismo do séc. XVIII se vai sofisticando em uma espiral tecnológica sem fim até que, questionada pela mensurabilidade da utilidade, sublima-se em afirmação, a um tempo da vida individual e da vida das espécies, e por aqui encontra nas cautelas com a saúde, digo eu para o que me traz, uma nova superação (3).

Mas se é assim, verdade é igualmente existirem contornos de delimitação dessa liberdade: imperativos que retraem uma absoluta individualização relevante da vontade. Problematizo: se adquire evidente que frente à humanidade de uma mãe se desenvolve o respeito pela humanidade do recém-nascido - inquirio o reconhecimento do livre desenvolvimento de humanidade para o nascituro⁵, e a ambas se enfrenta a humanidade

⁵ Constató que a ciência arranca reconhecimentos para os quais requer ao Direito soluções *sui generis*. É o caso dos *pré-embriões*: ex.º da Ley de Investigación Biomédica espanhola (Ley 14/2007, de 03/07, BOE, 07/07/2007). O *pré-embrião* trata-se do embrião situado nos 14 dias após a concepção e integra o embrião gerado *in vitro* (art. 3, j) e s), da Ley 14/2007) com controvérsia logo no seio doutrinário espanhol, vg. Nicolás Jouve de la Barreda: *Aspectos biomédicos: estado actual de la investigación*, Madrid, 08|05|2008, debate na Fundación Ciudadanía y Valores, acesso <http://www.investigadoresyprofesionales.org/drupal/content/comentarios-la-ley-142007-de-investigaciones-biom%C3%A9dicas>. Este Catedrático de Genética explica a distinção entre pré-embrião e o embrião — propriamente dito — sendo este o que advém do desenvolvimento do ovócito fecundado no útero de uma mulher durante 2-8 semanas (56 dias), até que se inicia o período fetal. Todavia, aceitando as definições puramente biológicas, Barreda surpreende-se (perante a aparente contradição prevista nos arts. 33.1 e 35.a) e f) e suspeita da distinção servir para viabilizar intervenções de investigação científica, pois a definição de embrião generaliza-se no «desenvolvimento animal a partir do ovo fecundado» ou da «fertilização do ovócito», assim, Abercrombie, Hickman, Johnson, *Diccionario de Biología*, Labor. Barcelona, 1970; e Rieger,



Michaelis, Green, *Glossary of Genetics and Cytogenetics*, Springer-Verlag, Berlim, 1976; Manuel Freitas e Costa, *Dicionário de Termos Médicos*, Porto Editora, 2005. Afirmo ainda que esta legislação usa expressões que habilitam a concluir pela autorização da clonagem independentemente das finalidades. Certo é que a expressão «pré-embrião» consta na Legislação espanhola sobre «Técnicas de Reprodução Humana Assistida» desde 1988, e reformas posteriores, Ley 35/1988, 22/11; Ley 45/2003, de 21/11; e Ley 14/2006, 26/05 em vigor. E tanto quanto se afigura, o «pré-embrião» não é predestinado para a investigação, já que sobre ele podem ser realizadas técnicas de *diagnóstico genético pré-implantação* (art. 2.º, al. e) da LPMA portuguesa) destinadas a detectar insucessos no desenvolvimento embrionário precedentemente ao implante ou transplante uterino, Pedro Femenia López, *Status Jurídico del Embrión Humano, con especial consideración al concebido in vitro*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pp. 17 ss., Paula Martinho da Silva e Marta Costa, *LPMA Anotada*, Coimbra, 2011, p. 15; Yoeli Méndez López y Patricia Villamediana Monreal, *Consideraciones bioéticas, biojurídicas y sociales sobre la aplicación del diagnóstico genético preimplantacional*, in *Revista de Obstetricia y Ginecología de Venezuela*, vol. 72, 2, 2012, pp. 115 ss., <http://www.sogv.org/ROGV/2012Vol72N2.pdf#page=47>. Outra questão reside, evidentemente, na possibilidade de —mediante consentimento, art. 32.1 e 2 14/2007— existir prévia intenção em desviar pré-embriões para outras finalidades. Realçando a precisão terminológica da lei espanhola, Carlos Romeo Casabona, *El Estatuto Jurídico del Embrión Humano*, in *Monografías Humanitas 4, Investigación con Células Troncales*, Fundación Medicina y Humanidades Médicas, 2004, pp. 111-124, acessível em <http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.fundacionmhm.org%2Fpdf%2Fmono4%2FArticulos%2Farticulo8.pdf&ei=MnxCU9ezNaU0AWH84CgDw&usq=AFQjCNGWKE-zC07kdq2f8RmINUWQGVGKSQ>, onde afirma expressamente, quanto ao TC espanhol: «[Si en 1985 el TC sólo aventuró la negación al nasciturus de la titularidad del derecho fundamental a la vida, en 1996 y 1999 niega incluso la condición de persona —en sentido jurídico— al embrión in vitro]». Vislumbra-se a ectogénese (desenvolvimento embrionário e gestação tendencialmente integral de um ser em útero artificial, *et pour cause*, a par, peso os argumentos em favor da concessão de personalidade jurídica ao nascituro, sobre os quais aponto Stela Barbas, *Direito do Genoma Humano*, Almedina, 2007, pp. 235-247, onde me supro e dou vulto ao precioso rol bibliográfico e inteligentes considerações. Sem esgotar, Tiago Figo, *Tutela Juscivilística da Vida Pré-Natal: O Conceito de Pessoa Revisitado*, Coimbra, 2013, concretamente sobre o embrião não implantado, pp. 202-205, centra a sua tese em uma sábia premissa que recolhe em Paulo Mota Pinto, *Os Direitos de Personalidade no Código Civil de Macau, BFDUC*, LXXVI, Coimbra, 2000, p. 210: a de que a personalidade jurídica abarca os «modos de ser», de onde «o titular» exerce tutela (por si ou representado) até ao *noli me tangere*; pulando agora a questão da titularidade. Daqui retira argutamente a constatação de que o «...concebido já é uma realidade físico-psíquica e jurisgénica, pelo que deve ser centro de imputação dos direitos de personalidade adequados ao seu estatuto.», ID, *ibid*, pp. 106 ss. A questão merece muita atenção, pois pese a prudência da doutrina., e, claro, a controvérsia, afigura-se-me crescente na doutrina portuguesa a existência de patamares progressivamente comuns, onde parecem confluir e assestar progressiva assertividade ao progressivo reconhecimento das protecções típicas da esfera de personalidade ao humano concebido, vg: Oliveira Ascensão; Capelo de Sousa; Leite de Campos; Menezes Cordeiro; Bigotte Chorão; Pais de Vasconcelos; Carneiro da Frada; Paulo Otero; Teresa Lobo Xavier; Maria Clara Sottomayor; Gabriel Gonçalves; José Gonzalez; Lorena Brito; Simara Almeida; Helena Melo; Francisco Amaral; Henrique Mota. João Álvaro Dias elaborou catálogo premonitório dos problemas logo em 1996, subscrevendo cautelosamente Alonzo Perez: «[a vida embrionária é merecedora de respeito e da atribuição de uma personalidade jurídica que é absolutamente nuclear nos primeiros passos de um devir]», *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, 21, *BFDUC*, Coimbra, 1996, pp. 204-218, *maxime* 211. No reduto da essencialidade do valor vida forçosamente reportado à concepção (independentemente dos planos que podem meramente justapor-se com diferentes graduações —ao sabor das *fatias dos tempos*— quanto à espessura de protecção em várias disciplinas: Constitucional, Penal, Civil), a doutrina propende esmagadoramente em a colocar axiologicamente sob alçada e protecção do ordenamento jurídico, sob diferentes densidades, claro está. Ana Paula Guimarães, *Alguns Problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida*, Coimbra, 1999, pp. 141 ss., pp. 147-168. Aqui, raros são os nomes, entre os maiores da doutrina referencial, que se afastam de um ponto de convergência, mas a opção demonstrativa, escolho-a entre outras felizes e oportunas —exactamente na controvérsia em que está inserida—, a de um *voto de vencido* de José Cardoso da Costa, que tomo em um sentido que generalizo como inerente à normatividade de um texto com natureza fundante não pode deixar de reflectir dever ser protegida a vida nascida ou por nascer, pois que a protecção



dos agentes médicos; a humanidade da comunidade e assim por diante, pois parece-me vantajoso reconhecer que a dignidade advém do reconhecimento projectado nos demais seres e na própria natureza, não como mecanismo para se afirmar o ser humano, mas como meio para se reflectir em uma progressiva superação ⁶. Em suma: uma só proposição para múltiplas expressões e orações. E logo se pressente a indeterminação da proposição humanidade, como parece ser a sua qualidade de incompletude em ensejo contínuo: axiomáticamente desvelada. São os apetites de uma inevitabilidade? O *decisionismo* ⁷.

se concretiza «[ao mesmo título, já que da mesma vida se trata: daquela que se abre a um homem para a realização de um projecto e dum destino únicos e irrepetíveis, mas cuja potencialidade singular já se encontre inteira no próprio embrião]», in Ac. TC n.º 25/84 (Rel. Joaquim Costa Aroso), acessível <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>, e *BMJ*, 320, 1982, p. 224 ss. Trata-se de uma asserção que convive com os conflitos que assolam um legislador e uma jurisprudência constitucional nos processos de decisão em que opere uma *concordância prática axiológica*. Também Vera Lúcia Raposo, *Direitos Reprodutivos*, in *Lex Medicinæ*, Ano 2, 3, 2005, p. 125 coloca a questão de forma lapidar, sobre o problema da «guarda de embriões»: «[só posso falar em guarda dos embriões (...) partindo do pressuposto de que os embriões já são vida humana, ainda que de uma forma diferente do ser humano já nascido. Caso contrário, terei de qualifica-los como coisas e, por conseguinte, questionar a quem deve ser atribuída a sua posse ou propriedade]». Em rigor, não considerar a inequívoca protecção da vida (intra-uterina), como bem absoluto, cabe uma primeira questão: como e onde o subjectivar senão no próprio? E se o próprio não o merecer em circunstância alguma então como ressarcir os danos sofridos pelo recém-nascido que foi objecto de ofensas durante a gravidez? Os danos verificaram-se em momento em que não possuía direito algum? São direitos da mãe? E se foi a mãe a responsável? Se em ninguém se subjectivar, então cabe ao Estado a protecção da vida intra-uterina, que sem conflitos entre bens jurídicos tuteláveis, não acarreta qualquer responsabilidade civil extracontratual? Pela negativa se circunscreve uma insustentabilidade leveza que desafia a revisitação ao *nascimento completo com vida*; aqui, Tiago Figo. A resposta que afasta o direito civil da personalização — reclamada a um ser que se reconhece *ser*— mostra metaforicamente o que terá levado Daniel Defoe a retirar da absoluta solidão a personagem *Robinson Crusoe*. Em termos *actuais* parece impor-se à sombra da garantia de um livre desenvolvimento um ponto de partida casuístico que não securitário, mas em que a regra geral seja consentânea com a evidência de que o parto é um importante momento da vida humana, mas é na concepção que se verifica o componente primordial: a determinação meta-vontade.

⁶ Divergência com Francis Fukuyama, *O Nosso Futuro Pós-Humano: consequências da revolução biotecnológica*, Quetzal, Lisboa, 2002, pp. 220-226. Parece circunscrever o reduto diferencial da superioridade moral dos humanos, como via de compreensão e preparação do futuro. Creio que a questão se coloca diferentemente —forçando uma hierarquia de espécie, não deixa de implicar uma valoração, arriscando hierarquizar também outras diferenças dentro da espécie onde estas se esbatam por força de analogias: um ser humano em coma e um animal vivo, ambos para experimentação científica—, mas muito mais facilmente na composição diferenciada entre seres e nas respectivas coordenações da vulnerabilidade e soluções do que parece também comum: a dependência e os requisitos duma *representação* relacional inclusiva; neste sentido, MacIntyre, *Dependent Rational Animals*, pp. 3 ss., por todos, Fernando Araújo, *A Hora dos Direitos dos Animais*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 340 ss..

⁷ No que seja excludente da condição de *homo sacer*.



A autonomia: radicalidade da recusa e liberdade de revogação

No campo da saúde a manifestação relevante da vontade tem sido, como é consabido, objecto do estudo da *doutrina do consentimento informado*⁸ e esclarecido⁹. A via possui várias faixas e bermas: a actuação nos limites da prudência dos conhecimentos científicos; as cautelas com o foro privativo do necessitado, o registo, a documentação, a idiossincrática disponibilidade do candidato a uma intervenção, no que esta prepara o futuro. E será ainda de assumir todas as demais esferas da intenção de tratamento ou diagnóstico, de modelação, de reserva quanto à intimidade, de exposição às actuações cujo carácter técnico se aceitem além do *estado recomendável da ciência*, de cuidado, etc. Para o profissional de saúde não será, pois, indiferente arrumar-se igualmente em um alvedrio partilhado de permissibilidade. Mais precisamente, uma discricionariedade (enquanto critério decisório). Uma escolha de onde se deve poder retirar uma razão de ser, um discernimento. Proponho inserir aqui as variáveis do conceito de «*discretion*» a que Herbert Hart emprestou atenção para as actividades —como sejam juiz ou agente médico, digo eu— em que existe indeterminabilidade, seja normativa seja da realidade físico-

⁸ Daniel Serrão prefere as expressões assentimento ou concordância, *Bioética*, Verbo, Lisboa, 1996, p. 79. Sobre divergentes significados conceptuais: o consentimento remetido para uma actuação justificante de uma *invasão de esfera jurídica* alheia e o assentimento como a presunção juridicamente assumida do pressuposto *convivencial* da beneficência médica (também judicial, vg.: nomeação obrigatória de um mandatário para a representação em juízo), por todos, Costa Andrade, *Consentimento*, Coimbra, 1991, *passim*.

⁹ O *acento tónico no esclarecimento* não é exclusivo da *Escola de Coimbra*; também a doutrina francesa e a alemã o preferem para a formação da vontade (João Loureiro, *Constituição*, I, p. 484), seja pelo rigor que transporta seja pela *insistência* na consecução da informação. Oferece-se-me falacioso obter simplesmente a declaração —mesmo sincera— de vontade sem uma efectiva prestação das informações prévias —adequadas à compreensibilidade do homem comum—, mas sobretudo, sem a certificação dos *mínimos* de compreensão das informações: a questão em causa é substancial que não formal. Assim, Guilherme de Oliveira, *Estrutura, Temas*, pp. 67 ss; Orlando de Carvalho, *Transplantações e Direitos das Pessoas*, in AA. VV: *Transplantações: colóquio Interdisciplinar*, 25/03/93, CDB|FDUC, JNICT, 1993, p. 143; João Vaz Rodrigues, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*, CDB|FDUC, 3, Coimbra, 2001, p. 242 s.; André Dias Pereira, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo de Direito Civil*, CDB|FDUC, 9, Coimbra, 2004, p. 209; sem esgotar, como homenagem a Mário Raposo, *Consentimento Informado na Relação Médico-Doente*, *O Direito*, 124, pp. 407-413. Recordo o ensino de Orlando de Carvalho *ao distinguir direito à informação de direito ao esclarecimento* «só a este dando eventualmente primazia sobre a esfera privada e pessoal...», com as limitações sobre o segredo «próprio ou alheio» ID., *Para uma Teoria da Pessoa Humana*, TGDC, p. 266, nota 69; e, a *contrario sensu*, dando ênfase à eventual irrelevância do consentimento prestado por quem possua dificuldades *ad hoc* de entendimento (*les faibles*), Stefano Rodotà, *Le Droit face aux Dilemmes Moraux de la Vie et de la Mort: Présentation générale des problèmes*, in Actas do 20.º Colóquio de Direito Europeu, Glasgow, 10-12 Setembro de 1990: *Le Droit face aux Dilemmes Moraux Concernant la Vie et la Mort*, Conselho da Europa, Strasbourg, 1992, p. 25 s. No Direito Penal, s|esg, Costa Andrade, *Consentimento*, pp. 460 s, notas 292|293; Álvaro da Cunha Gomes RODRIGUES, *A Negligência Médica Hospitalar na Perspectiva Jurídico-Penal: Estudos sobre a responsabilidade criminal médico-hospitalar*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 52 ss.



psíquica. Hart ponderou a componente de actuação —de preenchimento do que se oferece como imprevisível— e que inclui a liberdade de actuação circumspecta, face a uma realidade carente de solução por opção conjecturável ¹⁰. A «discretion» que serve os profissionais de saúde não é —da mesma sorte— indiferente aos pacientes, nem a quem os julgue. Todos se submetem a processos análogos ao procedimento de qualificação de facto e inserção em valores que ditam uma conduta resultante da escolha entre o que possua graus de indeterminação e que é ditado pelos valores assumidos (no caso do ensaio de Hart, face ao ditame das decisões de juridicidade). O respeito pela autonomia encontra esferas de compressão logo na ordem pública, no abuso de direito, na legítima defesa de terceiros ou na colisão de direitos, sem esgotar. O alvedrio mais absoluto do paciente pode assim constituir mero impulso de capricho, mas deve suscitar nos outros uma apreciação sobre legítima *discrecionalidade*. Como? Persistir em indagar sobre a razão de uma decisão implica a necessidade de a ordem social aquilatar justificações, exigindo-as consoante os valores correlacionados com aquela vontade. A questão da

¹⁰ Herbert Hart, *Discretion*, in *Harvard Law Review*, 127, 2, Dezembro, 2003, pp. 652 ss. Trata-se de um curioso ensaio de 1956, em que permaneceu em Harvard como professor visitante, e que distribuiu para discussão e debate do então recente «*Legal Philosophy Discussion Group*». Debruçou-se sobre a necessidade de ponderar os mecanismos de escolha e respectiva fundamentação sobre alternativas válidas de actuação ou de manifestação da vontade ou de decisão. O alvedrio assenta em escolhas, cuja fundamentação assume, por necessidade de legitimação, autonomia para o processo de aferição ou de certificação. Ilustrando: numa festa opto por ingerir água, sumo ou vinho porque me apetece (arbítrio puro) ou por razões plausíveis: manter-me lúcido, excitar o cérebro ou passar uma determinada imagem. A expressão destas razões ou opções concludentes são evidentemente essenciais para compreender e discernir o processo de decisão. A primeira justificação encontra-se fora do âmbito do alvedrio partilhado, discrecional, para passar a arbítrio. Como afirma: «*A discret person is not someone who just remains silent but who chooses to be silent when silence is called for*». Por outro lado, as evidências absolutas excluem a necessidade da compreensão da escolha no processo de decisão (porque razão escolho uma faca de entre uma colher e um garfo para afiar um lápis). O que de extraordinário abrem estas páginas é a futura possibilidade de aceitação de um processo de *adjudicação* na racionalização legal do processo decisório com opções criativas de escolha. Exactamente um pomo fulcral da discórdia que alimentou a controvérsia com Ronald Dworkin (textos seleccionados por José de Sousa Brito, *Filosofia do Direito e do Estado*, AAFDL, Lisboa, 1981/82. De Hart, *El Nuevo Desafío al Positivismo Jurídico*, pp. 61-76; de Dworkin, *The Model of Rules I —Taking Rights Seriously—* pp. 115-146). O ensaio em causa circulou e foi debatido em Harvard, mas não foi desenvolvido pelo A. que não mais retomou estas ideias. Permaneceu inédito até que Geoffrey Shaw o colocou em estampa. Nicola Lacey, *The Path Not Taken: H. L. A. Hart's Harvard Essay on Discretion*, *ibid*, pp. 636 ss; Geoffrey Shaw, *H. L. A. Hart's Lost Essay: Discretion and the Legal Process School*, *ibid*, pp. 666 ss., *HLR*, 127, 2, December 2013. Neste último ensaio, Shaw sublinha dos diálogos reflexivos entre Herbert Hart e Henry Hart o eco deste a Fuller em Novembro de 1957, logo após a saída de Harvard: «*[Discretion, it seems to me, involves the act of choice between two or more alternatives... each of which is regardable as permissible. Adjudication involves choice between two alternatives, one of wich is regarded as right...]*». Eis a linha que conduzirá às contrapostas convocações de Dworkin: uma construção normativa proposta pela intermediação jurisprudencial inequívoca —juiz Hércules— assente no curso social de uma racionalidade razoável total, por oposição a uma referência normativa de reconhecimento à normação tendente à superação de uma inevitável indeterminação, proposta por Herbert Hart.



opção passa desta forma a uma certificação da razoabilidade das premissas que a fundam. E estas podem escapar-se à esfera do que seja defensável permanecer em reduto das íntimas e secretas convicções: verdadeira riqueza do mundo interior, onde a protecção da liberdade e da autonomia se escudarão a prestar tributo, senão à divulgação, por certo à respectiva justificação ¹¹. A indagação pode resultar na contribuição do próprio ou em análise do quadro de facto ostensivo, mas até onde prosseguir? Exemplos? As recusas, *vg*: em saber.

A protecção: génese disciplinar em revisão. Cuidado, vulnerabilidade e confiança.

O esclarecimento e o respeito pela autonomia do paciente perpassam, aglutinam e regulam a actividade médico-medicamentosa e adjacentes terrenos de investigação, nesse estatuto inalienável, indissociável, absoluto e ilimitado da personalidade humana em que radicam, como *saldo*, os poderes/deveres de cuidar. Situam-se entre o regime tendencial de *protecção* negativa (obrigação determinável decorrente do respeito exigível adentro da liberdade) e os poderes deveres decorrentes da (des)inibição de interpenetração em esfera alheia, sobretudo em vista dos deveres gerais de auxílio, fundados na solidariedade ¹², i.é., afinando rigores, desabrocham os deveres de cuidado ¹³. O cuidado exerce-se para

¹¹ E para esta, deixando por ora a pertinácia da decisão —inquirida, não se evidencia sempre correcta— sobram dois outros passos: a satisfação das questões de facto condicionantes intermediariamente intelectivas, onde nenhuma outra se imponha apurar, e que o raciocínio assim formado pelas inferências intelectivas satisfaça a conclusão questionada, de sorte a que uma mente familiarizada com aquela situação concreta não logre promover uma qualquer condição suplementar —uma questão pertinaz— susceptível de abalar o que sejam as convicções individuais de uma opção em uma esfera onde se impõe o respeito. Neste procedimento encontro o preenchimento do que se oferece indeterminável em um processo de decisão, perto de Bernard Lonergan, *Insight — Estudio Sobre La Comprensión Humana*, Sígueme, 37, Salamanca, 2.ª, 2004, pp. 347-352.

¹² Emprego *solidariedade* restritamente, com o sentido etimológico que André Compte-Sponville lhe dá de se «pertencer a um conjunto *in solido*, como se dizia em latim, isto é, “para o todo”» como «fato de uma coesão, de uma interdependência, de uma comunidade de interesses ou de destino», como um alicerce inevitável para o conseqüente. Reconheço que a solidariedade, como *virtude*, pode, sem mais onde se revele, valer o que podem valer os interesses: pouco ou nada por si só. Ou a comunidade é real e efectiva, e a defesa de outrem se reduz por força a uma defesa própria (sem retirar potencial valia à realidade: estou convencido de que são tão solidários os soldados do exército invasor como os do invadido) ou como ideal de comunidade: os esforços em prol do outro passam a ser justiça ou generosidade, consoante a certificação da densidade ética em causa. Pois assim se compreende que o léxico político use a expressão solidariedade quando pretende justificar as intervenções militares internacionais ou as campanhas de distribuições de géneros, medicamentos, etc. Continuando perto, quando se é solidário com os carenciados o que ocorre em rigor é servir a justiça ou ser generoso, e estas são as virtudes que incorporam aquele estado de facto, *Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*, Martins Fontes, São Paulo, 2002, pp. 98-101.

¹³ Sobre a matéria dos *cuidados* e da construção de uma nova ética em seu torno, João Loureiro, *Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber, e o direito. II – Cuidado(s)*, *Revista Portuguesa de Bioética*, 4, Abril-Maio,



impedir a eventualidade de dano, próprio ou alheio. É comportamento de respeito cautelar pelo *neminem laedere* ¹⁴. Para tanto, Guilherme de Oliveira reabilitou aturadamente no seu ensino a referência fundamental de um princípio de confiança ¹⁵. Aqui se estriba o *animus* do que será a reivindicada autonomia da disciplina do Direito da Medicina ¹⁶, em cuja *fattispecie* normativa avultam a *hospitalidade do exercício da Medicina* (Faria Costa) com as referências de *respeito* e de *solidariedade* que tutelem os direitos e fundamentalmente os deveres recíprocos emergentes da relação (jurídica) de cuidado e de perigo, entre profissionais de saúde e os beneficiários dos cuidados daqueles.

Existe uma questão prévia sobre se as normas e os diplomas que, em retalho, vão merecendo a tarefa de compilação, se mostram viáveis na sua dispersão para a compreensão destas matérias ¹⁷. O mesmo é dizer, se *existe* um Direito da Medicina a ser autonomizado com características e necessidades específicas ou se estamos perante uma «autonomia sectorial» que se ergue, identificável, de várias disciplinas como sejam: o Direito Internacional, Constitucional, Penal, Administrativo, Civil, etc., de onde as questões sobre o exercício da actividade da medicina são objecto de relances e análises elaboradas

pp. 37-83, com indicação bibliográfica preciosa, e, ID, *Constituição*, p. 49, onde relaciona a tentativa de superação da *fragilidade* do ser humano exactamente enquanto um dos factores da exposição relacional com os demais. Também José de Faria Costa, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra, 1992, pp. 400 ss., nota 89. Igualmente André Dias Pereira, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra, 2012, pp. 32, 47 (notícia do Ac. Supremo Tribunal Federal alemão que justamente co-atribui ao cuidado uma qualificação da relação médica a transcender a relação jurídica contratual), 50, 58 (nota 124), 99 ss., 131 ss. (deveres do médico) 167 ss., 325 ss., 333 (nota 927: dever de cuidado do paciente), 360, 497, 590, 615 ss. 665, 673, 677, 717, 783 ss. A pretexto, integrando a *empatia* no âmbito inter-relacional dos cuidados de saúde, Mohammadreza Hojat, *Empathy in Patient Care: Antecedents, Development, Measurement, and Outcomes*, Springer, 2007, pp. 120 ss., com homenagem ao recorte do conceito por Howard Spiro, desde meados 1980. Como contraponto entre terapia, cuidados aos limites da agonia —tempo a exigir reflexão—, eutanásia e o aprofundamento dos cuidados paliativos, Sergio Cecchetto, *Curar o Cuidar: Bioética en el confin de la vida humana*, AdHoc, Buenos Aires, 1999, pp. 82-93 e 131 ss.

¹⁴ Penso nas subtis distinções entre as várias matizes da obrigação geral de respeito e de obrigação passiva universal, tal como nas cambiantes sobre a obrigação *neminem laedere* (e abuso de direito) que Orlando de Carvalho ensina, *Direito das Coisas: Do Direito das Coisas em Geral*, Centelha, Coimbra, 1977, pp. 120-133.

¹⁵ Além das aulas e intervenções, CDBJFDUC, ID, *Temas: Estrutura Jurídica*, pp. 66 ss; *Fim da Arte*, pp. 99 ss.

¹⁶ André Dias Pereira, *Direitos*, pp. 49 ss; 61-70; 777-779.

¹⁷ Colectâneas legislativas portuguesas: Direito da Medicina. Álvaro Dias, *Colectânea de Legislação Médica*, I-II, Almedina, Coimbra, 2002; Helena Moniz (colab/Carla Barbosa), *Legislação de Direito da Medicina*, Coimbra, 2008; Manuel Curado, *Direito BioMédico: Colectânea de Legislação e Outros Documentos*, Quid Juris, 2008; *Direito da Medicina: Legislação Consolidada, Jurisprudência e Pareceres*, 2014, INCM. A par: relevantes publicações sobre legislação avulsa comentada: Paula Martinho da Silva, *CDHBio*-anotada, Cosmos, 1997; João Loureiro, *Protocolo Adicional — Comentários Finais*, pp. 171-203, nota 2, pp. 172-175, in AA.VV. (org. Walter Osswald: Instituto de Bioética, Universidade Católica, Porto), *Direitos do Homem e Biomedicina: Actas da Oficina sobre a Convenção para a Protecção do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina*, UC, 2003.



de uma «forma mais ou menos desligada e paralela»¹⁸, i.e., por confronto entre ópticas *integradoras* ou meramente *sectoriais* do direito da medicina. Pugnando por uma perspectiva *integradora*¹⁹ situam-se Albin Eser que, *vg*, extrai o regime da procriação medicamente assistida do Direito da Família ou Carlos Casabona.

A dignidade deriva em respeito: um feixe aglutinador de protecções

O feixe de direitos e de deveres que integram uma relação jurídica médico-medicamentosa recebe enfoque especial no paciente, na prossecução dos respectivos interesses em saúde, e, para tanto, na respectiva protecção dos direitos especiais de personalidade. Da essencialidade da dignidade resulta o respeito e explica-se a genética liberdade individualizante e a protecção da integridade físico-psíquica²⁰. Raiz e tronco que relacionam o exercício da liberdade de vontade²¹ (preponderantemente na vertente da autodeterminação), a par do aludido poder de respeito que em matéria de dogmática

¹⁸ Albin Eser, *Perspectivas do Direito da Medicina*, RPCC, 14, 2004, pp. 11-63.

¹⁹ Sigo de perto João Loureiro, *Filho(s) de um Gâmeta Menor?*, p. 16, nota 85 (cita Carlos Romeo Casabona: *El derecho Medico: su evolución en España*, in ID: *Derecho biomédico y bioético*, Granada, 1998, pp. 1-3; 1-28).

²⁰ Parece convir enunciativamente com um estado inato de recusa sobre qualquer intervenção Manuel Silvério Marques, *O Espelho Declinado*, Colibri, Lisboa, 1999, pp. 34 s; 144 ss (pelo lado da actividade médica). Assim estudo Orlando de Carvalho e Carlos Mota Pinto, para quem o consentimento requerido às intervenções médicas em benefício da própria saúde ou da de terceiros é tido como «uma limitação voluntária do direito à integridade física», ID, *TGDC*, pp. 211 ss. Leio em Guilherme de Oliveira: «O dever de obter o consentimento informado funda-se no direito à integridade física e moral de cada indivíduo» (*Prática*, Temas, p. 165), de onde resulta o respeito do agente médico «pelo direito autónomo do doente à livre determinação em matéria de saúde», *O Fim da Arte Silenciosa*, p. 103.

²¹ Orlando de Carvalho, *Sumários*, pp. 94 ss, individualiza no consentimento esclarecido o direito à liberdade (a posicionar-se à cabeça dos vários direitos ou bens de personalidade na hierarquia que o legislador deveria estabelecer). Afirma a propósito *para o campo penal*: — «Não havendo 'consentimento do paciente' haverá violação, não do direito à integridade física, mas da liberdade de vontade (...)», permitindo discernir o sentido invocado da dupla e conexa existência daqueles direitos especiais de personalidade: — «[Ao invés do que penalmente se dispõe, **a falta de consentimento determina sempre, no campo civil, lesão do direito à integridade física**, mesmo que se preencham os requisitos do art. 150.º do Código Penal. Se o corpo ou a saúde é que são objecto da agressão, o direito à integridade física está obviamente em causa. Dir-se-á que, sendo respeitadas as *leges artis*, etc., não há danos mas proveitos. No entanto, como se compreende, o dano não é aqui a alteração para pior da situação físico-psíquica: é a intervenção não consentida na zona de reserva que o corpo é para a pessoa, é a lesão da incolumidade (*noli me tangere*) do corpo alheio. Juiz do bem e do mal para o seu corpo é a própria pessoa — não é outra pessoa, mesmo que qualificada e bem-intencionada. Decerto que, se a saúde não piorou, mas melhorou, o dano parece reduzir-se apenas à falta de consentimento e, logo, à simples lesão da liberdade de vontade. Sabe-se, contudo, que uma intervenção, ainda que bem-sucedida, provoca sempre incómodos físico-psíquicos que, se assumem o mínimo de relevo para o Direito, não podem não haver-se como lesões da integridade físico-psíquica da pessoa]». A disciplina penal é especialíssima e determina originalidades. Em síntese, será de arredar a qualificação como crime contra a integridade física das intervenções médico-medicamentosas respeitando as *leges artis* e com intenção terapêutica, como decorre da solução portuguesa, art. 152.º do CP.



civilística urge ser integrado no patamar superior que merece. É que o dever de respeito *explica* a dignidade e todas as suas emanações de liberdade, de integridade, de autonomia, autodeterminação, etc. No fundo e sem ingenuidade, o respeito constitui um dos *portos* fulcrais onde se verificam a partida e a chegada *do que se seja* ser humano. É certo que a viagem se fará entre as várias opções possíveis que se vão colocando ao longo do curso da via-vida e que nos desafiam as decisões para que estamos vocacionados, isto é, para agir. Agir, ponderando a nossa «neotenia», a nossa característica de permanente tentativa de superação sobre a impreparação crónica a que estamos votados, como ensina Savater. Em síntese, e para transes mais difíceis, ripostou Erasmo de Roterdão a quem o acicatou a optar entre o Papa de Roma e Lutero: «não navega mal quem passa a igual distância de dois males diferentes»²²

Em rigor, uma análise lógica sobre a autonomia pode (deve) ser ampliada como vector relacional axiologicamente ímpar para a compreensão do aparente paradoxo entre a individuação e as recíprocas pontes entre cada ser humano e o outro tal como as que se estabelecem necessariamente nas comunidades onde interage, onde vive. É que as realidades cerceiam-se e completam-se; limitam-se, comprimem-se, facultando prioridades em vista de um determinando casuísmo, para se realizarem, e, até, para poderem expandir-se²³. O ser humano, ainda egoisticamente perspectivado, projecta-se logo em

²² Savater, *A Coragem*, pp. 25 e 15. Mesmo sentido, Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Livro II, Cap. XVIII e XIX, 1108b11-1109b28, Livro V, Cap. IV, 1131b25-1132b20, pp. 56-58, 114 ss.

²³ Ponderando a *Teoria das Esferas* (Hubmann e Henkel), reconhecida pelo TC Alemão e pela riquíssima jurisprudência do TEDH, existe extenso rol no *laboratório* de uma jurisprudência que desenha a *esfera privada* (onde inclui a íntima e a individual; a de intimidade confidencial e segredo, consoante os conceitos dos AA.). Âmbito do art. 8.º CEDH, cf. «*guia prático sobre a admissibilidade*», <http://www.echr.coe.int/> (Case Law-case law information–Admissibility guide) e em <http://www.gddc.pt/> pp. 82-86. Quanto ao conceito de esfera da “vida privada” afastando definições, mas vislumbram-se jurisprudencialmente as extremas de uma noção relevante para o direito comum Europeu: esforço notável de «linguagem universal», assim: *Niemietz v. Alemanha*, § 29; dando noção amplíssima (*Peck v. Reino Unido*, § 57; § 61), com os elementos seguintes: integridade física e psicológica ou moral de uma pessoa (*X e Y v. Países-Baixos*, § 22), incluindo o tratamento médico e exames psiquiátricos (*Glass v. Reino Unido*, §§ 70-72; *Y.F. v. Turquia*, § 33, exame ginecológico forçado; *Matter v. Eslováquia*, § 64; *Worwa v. Polónia*, § 80), saúde mental (*Bensaid v. Reino Unido*, § 47); integridade física das grávidas (aborto) (*Tysiac v. Polónia*, § 107 e 110, e *A B e C v. Irlanda*[GC], § 244-246); integridade físico-psíquica das vítimas de violência doméstica (*Hajduová v. Eslováquia*, § 46); identidade física e social (vg, o direito a obter informações sobre as origens: identidade dos progenitores) (*Mikulic v. Croácia*, § 53; *Odièvre v. França* [GC], § 29); apreensão de documentos de identidade (*Smirnova v. Rússia*, § 95-97); nome e apelido (*Mentzen v. Letónia*); *Burghartz v. Suíça*, § 24; *Guillot v. França*, § 21-22; *Güzel Erdagöz v. Turquia*, § 43; *Losonci Rose e Rose v. Suíça*, § 26; estado civil: parte integrante da identidade pessoal e social (*Dadouch v. Malta*, § 48); relações do pai com o filho presumido, vg para impugnação da paternidade (*Rasmussen v. Dinamarca*, § 33 *Yildirim v. Áustria*); direito à imagem (*Von Hannover v. Alemanha*, § 50-53; *Sciaccia v. Itália*, § 29; *Reklos e Davourlis v. Grécia*, § 40); reputação (*Chauvy e outros v. França*, § 70; *Pfeifer v. Áustria*, § 35; *Petrina v. Roménia*, § 28; *Polanco Torres*



desígnios de inclusão, de desejada inserção nos círculos da comunidade onde se pretende desenvolver plenamente, onde se afirma. Basta a mera *intuição* para fornecer a autoridade necessária à afirmação verdadeira de um desejo de ser *desejado*, de ser reconhecido, pelos que vivem em redor. Este é um valor que não pode ser desprezado em sede de livre

e *Movilla Polanco v. Espanha*, § 40) honra (*A. v. Noruega*, § 64); identidade de género (*B. v. França*, § 43 a 63), reconhecimento jurídico de transexuais operados (*Christine Goodwin v. Reino Unido* [GC], § 77); orientação sexual (*Dudgeon v. Reino Unido*, § 41); vida sexual (*ibidem*, *Laskey, Jaggard e Brown v. Reino Unido*, § 36; *A.D.T. v. Reino Unido*, § 21-26); estabelecer e manter relações com os semelhantes e mundo exterior (*Niemietz v. Alemanha*, § 299; laços sociais entre imigrantes e a comunidade onde vivem (*Üner v. Países Baixos* [GC], § 59); relações afectivas entre pessoas do mesmo sexo (*Mata Estevez v. Espanha* (dec.); desenvolvimento e autonomia (*Pretty v. Reino Unido*, § 61 e 67, fim de vida indigno e penoso (*Haas v. Suíça*, § 51); respeito pelas decisões de ser pai ou mãe (*Evans v. Reino Unido*[GC], § 71), escolha das circunstâncias nas quais uma pessoa torna-se mãe ou pai (*Ternovszky v. Hungria**, § 22, sobre um parto em casa). Aplicação do art. 8.º ao direito de adoptar: adopção por pessoa solteira (*E.B. v. França*[GC], § 46 e 49; acesso à adopção, *Schwizgebel v. Suíça*, § 73). A Convenção não garante ao adoptante o direito de pôr fim a esta adopção (*Gotia v. Roménia*); actividades profissionais/comerciais (*Niemietz v. Alemanha*, § 29; *Halford v. Reino Unido*, § 44; *Özpinar v. Turquia*, § 46); restrições de acesso laboral (*Sidabras e Dziautas v. Lituânia*, § 47-50; *Bigaeva v. Grécia*, § 22-25); perfis de DNA, amostras celulares e impressões digitais (*S. e Marper v. Reino Unido*[GC], § 68-86); ficheiro judicial de infractores sexuais (*Gardel v. França*, § 58)); informações relativas à saúde de uma pessoa vg. seropositividade, *Z. v. Finlândia*, § 71; e *C.C. v. Espanha*, § 33, informações sobre capacidades reprodutoras, *K.H. e outros v. Eslováquia*, § 44, informações sobre riscos para a saúde (*McGinley e Egan v. Reino Unido*, § 97; *Guerra e outros v. Itália*, § 60); identidade étnica (*S. e Marper v. Reino Unido* [GC], § 66; *Ciubotaru v. Moldova**, § 53), direito dos membros de minoria nacional de conservarem a identidade, vida privada, familiar, conforme tradições (*Chapman v. Reino Unido* [GC], § 73); informações sobre convicções religiosas e filosóficas (*Folgero e outros v. Noruega* [GC], § 98); pessoas com deficiência: aplicabilidade do art. 8.º à obrigação de pessoa declarada incapaz de pagar a taxa de isenção serviço militar (*Glor v. Suíça*, § 54), mas não ao direito do deficiente aceder à praia durante férias (*Botta v. Itália*, § 35). Quanto ao respeito da vida privada, referencio: buscas e apreensões (*McLeod v. Reino Unido*, § 36; *Funke v. França*, § 48); interpelação e revista de pessoa na via pública (*Gillan e Quinton v. Reino Unido*, § 61-65); vigilância das comunicações e conversas telefónicas: (*Halford v. Reino Unido*, § 44; *Weber e Saravia v. Alemanha* (dec.), § 76-79); recurso a agentes infiltrados (*Lüdi v. Suíça*, § 40); videovigilância em lugares públicos/divulgação (*Peck v. Reino Unido*, § 57-639; vigilância: utilização de GPS; tratamento e uso dos dados (*Uzun v. Alemanha*, § 52); videovigilância laboral (*Köpke v. Alemanha* (dec.); caixa de supermercado suspeita de furto; ofensas ao meio ambiente: bem-estar individual e protecção do domicílio, vida privada e familiar (*López Ostra v. Espanha*, § 51; *Tatar v. Roménia*, § 97), cheiros de lixeira que afectam a cela de recluso: “espaço de vida” (*Branduse v. Roménia*, § 64-67), ruído (*Deés v. Hungria** § 21-24, ruído da circulação rodoviária; *Mileva e outros v. Bulgária*, § 97; ruído em prédio. Questões relativas aos cadáveres (aplicabilidade do artigo 8.º: indefinição sobre noção de vida privada ou de vida familiar: atraso na restituição do corpo de criança à família após autópsia (*Pannullo e Forte v. França*, § 36); recusa em autorizar transferência de urna (*Elli Poluhas Dödsbo v. Suécia*, § 24); direito de assistir ao enterro do filho nado-morto, cerimónia e funeral (*Hadri-Vionnet v. Suíça*, § 52); proibição do aborto: razões de saúde e bem estar — o artigo 8.º não inclui direito ao aborto (*A, B e C v. Irlanda*, § 214 e 216); recusa arbitrária da concessão da nacionalidade em certas condições, embora o direito de adquirir uma nacionalidade não esteja garantido, enquanto tal, na Convenção (*Karashev e família v. Finlândia* (dec.). O art. 8.º garante uma esfera individual de livre desenvolvimento da personalidade (*Brüggemann e Scheuten v. Alemanha* § 55), que não se confina às medidas que atingem a pessoa no seu domicílio ou locais privados: existem zonas de interacção entre o indivíduo e outros, mesmo em contexto público, que relevam privacidade (*P.G. e J.H. v. Reino Unido*, § 56 e 57). Os actos prejudiciais à integridade físico-psíquica pessoal não implicam necessariamente ofensa ao respeito pela vida privada. Todavia, um tratamento cuja gravidade é desatendida no âmbito do artigo 3.º pode abrigo-se no artigo 8.º em aspectos da vida privada, verificando-se efeitos prejudiciais da integridade física e moral (*Costello-Roberts v. Reino Unido*, § 36). Pode haver situações sob alçada do art. 8.º (detenção) que não alcançam a gravidade exigida pelo artigo 3.º (*Raninen v. Finlândia*, § 63).»



desenvolvimento da personalidade. Daqui que a identificação individual pressuponha a respeito de um assentimento onto-axiológico do ser humano para que se realize a (inter)penetração genética da alteridade que é vocação humana. E no âmbito das actividades médicas, se assim é em termos tendencialmente individuais não posso deixar de considerar como *prius* a objectiva solidariedade humana e o decantado dever de actuação médico-medicamentosa de auxílio. Daqui decorre uma obrigatoriedade jurídica que fundamenta várias estatuições de actuação para os agentes médicos. A sua técnica inclui o esclarecimento seja para a formação da vontade seja para o exercício permanente da reintegração do estado físico psíquico prévio em que redund a saúde. Integra as *leges artis*, e em relação concreta, domina as *leges artis ad hoc*.

E, uma vez que incidem sobre o ser humano, onde a singularidade não pode deixar de ser tida em conta, quer o estado natural primevo de recusa perante o que-quer-que-seja, quer as actuações de vontade posteriores (com eventuais recusas ulteriores), afiguram-se como meio fulcral, pois a respectiva ausência deixa as instituições e sobretudo os demais a persistirem no respectivo carinho pela solidariedade, com os correspondentes agentes em dever de actuação, dever de auxílio. É potência que se visualiza na constelação universal da comunidade organizada. Mas, repito, o estado natural individual, a realidade genética é a *recusa: noli me tangere*.

O que perpassa entre as disciplinas jurídicas

Eis com simplicidade —necessidade de remoer e burilar— os elementos da equação clássica sobre as abordagens à protecção ínsita da dignidade e ao dever de respeito, na esfera da autodeterminação²⁴: o profissional de saúde encontra-se vinculado a viabilizar a tentativa da obtenção de condições-físicas prévias —quer as desejadas, quer as desejáveis que se situem em terrenos admissíveis—, mediante actuações aceitáveis a produzir na esfera de outrem que as merece, seja por necessidade, seja por vontade; e é exactamente aqui que se situa a segunda vinculação: para agir carece de ultrapassar o

²⁴ No âmbito do Direito Constitucional português, o princípio da autonomia está profundamente correlacionado com o da dignidade e, como ensina João Loureiro, *Constituição*, I., pp. 474-487: «[Apesar de não ser um princípio fundante, a autonomia afirma-se como dimensão estruturante da bioconstituição, compreendendo várias dimensões que tomam a sério a matriz convivencialista do direito e não desconhecem os olhos da relação médica nem todos os outros afectados quando está em causa o bem saúde]», p. 487.



repúdio alheio e de aí permanecer com a sua aquiescência, i.e., sem que uma outra recusa reapareça. Necessita, pois, de que a sua actuação receba as manifestações de vontade concordantes para as opções e que assim se mantenham durante toda a actuação. Serve por ora sublinhar que o procedimento que aglutina os diversos requisitos que se posicionam para a manifestação de vontades(s) relevante(s) em uma relação tutelada pelo direito da medicina revelam uma relação altamente dúctil. E sobretudo que, em regra e por regra, só o momento da irreversibilidade da acção cristaliza a superação da recusa.

Os dois vínculos (o individual e o médico) convivem permanentemente? Não! Existem excepções e as suas presunções. Se a pessoa carente de intervenção estiver fora das condições da manifestação da vontade o agente actuará segundo a configuração possível que faça sobre a vontade alheia (primeiro patamar), ou segundo a sua própria configuração, por analogia comportamental objectivável caso nenhum indício possua da vontade do outro a conformar a sua perspectiva (segundo patamar). Poderá acontecer existirem silêncios conflituantes... Aqui só mediante uma configuração positiva, em termos legais, permitirá actuar (terceiro patamar), pois então teremos as apelidadas «soluções de dissentimento»: uma segunda presunção virtual contra a presunção natural *individual*, assente aquela em protecções universais de saúde que *sacrificam* a liberdade e o respeito individual.

Duas presunções portanto. A indicação que promana do silêncio assenta em uma resposta social de auxílio que vincula o agente médico, dando presunção suficiente para actuação. Ao invés, e simplisticamente: existindo indicação da vontade, é esta que se impõe e arrepia a bondade das outras, naturais, mas contraditórias (a que provém do ser humano consciente, com vontade válida é a presunção de recusa; a intenção da comunidade é a da acção beneficente). Compreende-se assim que um acidentado receba uma série de actuações agressivas para terapia ou que uma criança receba os melhores tratamentos disponíveis contra a expressa manifestação da vontade dos seus representantes legais (ou que desorienta o agente médico que lhe reconheça discernimento e bom senso possível, em uma vontade contraditória alternativa entre a que sugere, a que os representantes legais pretendem e a que o quadro de facto melhor propicia e o saber médico aponta para solucionar a maleita). A compressão social transcende hipoteticamente o desígnio individual perante o qual tem de aguardar sempre que para este seja viável pronunciar-se.



O ser humano capaz está, deste modo, vinculado a manifestar uma vontade relevante caso se encontre em um quadro de necessidade e em condições para a manifestar. A vinculação a que o agente médico está adstrito é a de persuadir o paciente a que permita uma actuação na medida técnica proporcional e ou adequada a descortinar, solucionar ou atenuar os efeitos perversos dos padecimentos.

Este é um quadro de facto em que o Direito se move com alguma facilidade e aponta caminhos aparentemente seguros e afirmativos aos profissionais de saúde. Mas as tintas e as telas rapidamente oferecem matizes diversas para a Medicina e dificuldades que não permitem sair de um enredo cujo emaranhado se sofisticava tanto quanto se procura simplificar. A pergunta seguinte, fulcral, é representativa do que acabo de afirmar: em uma situação limite de necessidade sem existência absoluta (ou relativa) de vontade actual do paciente, está o agente médico igualmente vinculado em permanecer vinculado à notícia da decisão anteriormente manifestada? Ou uma variante, em termos mais amplos — matéria das directivas antecipadas—, deve o profissional de saúde actuar previamente no sentido de conjecturar e conformar a sua actuação consequente? Estes são problemas do quotidiano da vida dos profissionais de saúde.

Em caso de resposta afirmativa, as boas práticas de actuação dos profissionais de saúde incluem um esclarecimento recíproco dos agentes sobre a indagação das vontades, também recíprocas, e das opções possíveis disponíveis. Mais ou menos rapidamente, assim é. Assim parece ser também inequívoco que o reduto da liberdade individual é destacável da esfera de integridade físico-psíquica, onde razoável e necessariamente reside. Exigem ambos o respeito para fornirem a liberdade; a questão é a do exercício desta liberdade implicar singelamente a manutenção da vida²⁵ ou a de impedir a actuação

(²⁵) Exemplo clássico na jurisprudência americana é *Bartling v. Superior Court (Glendale Adventist Medical Center)*, 1984. vol. 163; Cal. App. 3d 186 [209 Cal. Rptr. 220]. Anotações de Hastings, Feinerman e Ashby, em:

<http://law.justia.com/cases/california/calapp3d/163/186.html>. O caso opôs William Bartling e mulher contra o Hospital *Glendale Adventist* e médicos, por encarniçamento terapêutico. Os AA queriam desligar o ventilador de suporte. A decisão judicial foi proferida já após decesso. William deixou directivas antecipadas (designou a mulher como procurador de saúde) negando intubação e manutenção artificial da vida. O hospital desatendeu, considerando existirem indícios de vontade infirme. O paciente, 70 anos, estava em estado terminal. O caso mereceu o exercício de «discretion». Neste aspecto, seria discutível rever precedentes ao abrigo da «mootness doctrine», i.e.: «[a principle of judicial procedure whereby American courts will not decide moot cases, that is, cases in which there is no longer any actual controversy. The inability of the federal judiciary to review moot cases derives from the requirement of U.S. Const. art. III, under which the exercise of judicial power depends upon the existence of a case or controversy. Therefore the courts will not hear or decide a case unless it includes an issue that is not considered moot because it involves the public



perante uma crise que se supõe letal. Se a primeira questão ainda suscita controvérsia, a segunda constituirá seguramente causa de muita conturbação, especialmente no *oxigénio* médico.

Um exemplo simples pode ser construído com variáveis, mas redundante no seguinte: A e B, com percursos de comunhão de convicções e de sentimentos, capazes, afirmam simultaneamente em pleno domínio das suas faculdades, que não desejam a ministração de sangue ou de um procedimento para o caso de lhes sobrevir uma eventualidade. Perante a necessidade, A, consciente, altera a sua opinião no sentido do conselho médico, ao passo que B está inconsciente. A proximidade entre ambos leva A. a opinar que B. poderia perfeitamente alterar a sua opinião movido até pela sintonia sentimental com aquele... Por banda da equipa de profissionais de saúde existem igualmente agentes com dimensões éticas diferentes que têm de se entender, como servem de exemplo o anestesista, o cirurgião e o enfermeiro, etc. Os motivos que subjazem à liberdade podem ser os mais variadas, de comum, porém, avultam os de cariz religioso. Aceitar a determinação de vontade é a solução jurídica, mas será a médica? De todos os profissionais de saúde envolvidos? E perante a iminência de um desfecho fatal às mãos de um agente, perante a possibilidade de o paciente ter *ganho de causa* não ponderará aquele enviar às *malvas* a decisão deste, em que não se reconhece, do que dar bilhete de embarque aos infernos uma alma que pode não vir a ser penada? O que procuro indagar neste aspecto, especialmente quanto ao paciente, mas não só ²⁶, cabe perfeitamente na ilustração que Montesquieu escreve no prefácio ao seu *Espírito das Leis*:

Je me croirais le plus heureux des mortels, si je pouvais faire que les hommes pussent se guérir de leurs préjugés. J'appelle ici préjugés non pas ce qui fait qu'on ignore de certaines choses, mais ce qui fait qu'on s'ignore soi-même. / (...) L'homme, cet être flexible, se pliant dans la société aux pensées et aux impressions des autres, est également capable de connaître sa propre nature lorsqu'on la lui montre, et d'en perdre jusqu'au sentiment lorsqu'on la lui dérobe.. ²⁷

interest or constitutional questions]», <http://definitions.uslegal.com/m/mootness-doctrine>. Os casos em referência terão sido: *Daly v. Superior Court* (1977) 19 Cal. 3d 132, 141 [137 Cal.Rptr. 14, 560 P.2d 1193].) «[The novel medical, legal and ethical issues presented in this case are no doubt capable of repetition and therefore should not be ignored by relying on the mootness doctrine. This requires us to set forth a framework in which both the medical and legal professions can deal with similar situations]» (*Dority v. Superior Court* (1983) 145 Cal. App. 3d 273, 276 [193 Cal. Rptr. 288]).

²⁶ Posso perfeitamente incluir os profissionais de saúde, etc.

²⁷ Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, I, (Robert Derathé), Garnier Frères, 1973, prefácio, p. 6.



Há que interpretar a terrível maleabilidade dos *apetites* humanos, a cindir a vontade no que *abandone* as decisões, retirando-lhes *substância* e crie naturais suspeições. São terríveis questões as que as modificações dos quadros de facto provocam em um ser humano e vice-versa. Será também opinião de Hannah Arendt ²⁸ quando cogita em torno das *flutuações de alma*. E o que é descrito em contextos sobre a desorientação da modernidade (e pós-modernidade) muito especialmente sobre a (re)localização dos conceitos de Estado-nação ²⁹ e refundação da universalidade tem igual impacto no quotidiano individual das relações em saúde.

Tratam-se dos mesmíssimos princípios gerais. Nas relações concretas os desvios residem até nas perigosas práticas eivadas da *banalidade do mal*, teorizando o que se me oferece teorizável, para o exercício médico-medicamentoso frente a nosologias ou patologias ou desafios. E tudo igual quando frente a pacientes. Arendt não deixou de postular respostas utilitaristas para questões candentes, designadamente no que concerne às virtudes das decisões subjacentes (ou *respostas particulares para questões particulares*). Assim, segundo Khon, quando (finais dos anos 60) foi questionada por alunos seus sobre se deviam aceitar o desafio para cooperar com trabalhadores dos sindicatos na oposição à guerra no Vietname, ouviram com surpresa a fundamentação da

²⁸ Assim Sánchez Madrid, *Crisis*, p. 488 e parece igualmente resultar das leituras de Arendt, por exemplo, *Responsabilidade e Juízo* (Jerome Khon), D. Quixote, Lisboa, 2007, pp. 109-111, onde, contudo, não deixa de se questionar: «[...] uma vontade dividida contra si própria é a menos adequada para a tarefa de agir, ao passo que um espírito dividido no seu próprio íntimo é o mais adequado para a tarefa da deliberação. Se é esta a maneira de ser da vontade que bem poderá a vontade fazer? E todavia, sem querer, como poderei eu ser alguma vez movido a agir?】».

²⁹ Sem coincidências, também o discurso nestes aspectos mais gerais usa muitas vezes conceitos que são familiares no contexto das concretas relações sociais e jurídicas aqui abordadas, parecendo-me muito oportuna a seguinte citação de Arendt, *apud* Sánchez Madrid, *Crisis*, p. 494, nota 40: *Sobre la desobediencia civil* (1998: 101): «[“El espíritu de las leyes”, como lo vio Montesquieu, es el principio por el cual actúan y se ven inspiradas a actuar las personas que viven bajo un específico sistema legal. El asentimiento, el espíritu de las leyes americanas, está basado en la noción de un contrato que liga recíprocamente, que establecieron primero las colonias individuales y después la Unión. Un contrato presupone una pluralidad de por lo menos dos, y cada asociación establecida y actuante según el principio del asentimiento, basado en la promesa mutua, presupone una pluralidad que no se disuelve sino que se conforma en una unión —e pluribus unum—. Si los miembros individuales de la comunidad formada decidieran no conservar una restringida autonomía, si decidieran desaparecer en una completa unidad tal como la union sacrée de la nación francesa, todo lo que se pudiera decir acerca de la relación moral del ciudadano con la ley sería mera retórica. El asentimiento y el derecho a disentir se han convertido en los principios inspiradores y organizadores de la acción que han enseñado a los habitantes de este continente “el arte de asociarse juntos”, del que proceden esas asociaciones voluntarias cuyo papel fue Tocqueville el primero en advertir, con sorpresa, admiración y algún recelo; las consideraba la fuerza peculiar del sistema político americano】».



resposta de «senso comum»: — *Pois sim! Dessa forma podem usar as policopiadoras dos sindicatos*³⁰. Eis uma solução plausível. Perigosa e tentadora.

Uma legiferação pragmática ou uma singularidade disciplinar?

Não penso que as soluções de bom senso suscitem fundações diferentes para uma racionalidade séria. As evidências quando são úteis são sérias e a seriedade partilha com a viabilidade a exigência de um espírito propenso a ver a autoridade onde é pressuposto esta autoridade existir. É mister entregar a decisão judicial ao juiz, a investigação ao cientista, o que é médico ao profissional de saúde, etc. Uma convicção que transporta certeza, celeridade e um máximo de eficiência. Posto isto, perante a proficiência carrega-se o modelo de utilidade e maximiza-se o bem-estar. E não se diga que a conduta daquela autoridade se expõe à crítica da sedução pelo poder, pois aquela não tem de forçosamente de ser tutelada por este, sendo certo que se a autoridade se justificar para a acção, então o poder, puro e duro, será parte possível de uma solução a não ser descartada. Mas basta colocar a *regra de reconhecimento* em jogo para afastar o incómodo das sombras que sempre assustam. A autoridade ganha matizes de persuasão e de convencimento, exista ou não diálogo associado, pois a autoridade por si só se basta. Mesmo aceitando o pressuposto de que é possível explicar e fazer-se entender³¹, restará sempre apurar se há tempo e qual a utilidade. Em um momento as questões repetidas tornam-se redundantes, meramente insolentes e a afirmação autojustifica-se³²: é assim... por que assim é. Afirma-

³⁰ Khon: *introdução a Responsabilidade e Juízo*, p. XI; sobre a banalidade do mal, pp. XIII ss; da A: *Ditadura e responsabilidade pessoal*, pp. 15 ss.

³¹ Generalizo o «desabafo» de Clara Pinto Correia, *Clones Humanos: a nossa autobiografia colectiva*, Relógio d'Água, 1999, p. 30, sobre a ausência de uma noção de «urgência e de nobreza» nessa tarefa de os cientistas —e técnicos—explicarem, de se exporem. A sofisticação dos conhecimentos é enorme e as exigências do entendimento também, as informações prestadas são recolhidas e processadas muitas vezes pela comunicação social com deformações inerentes a uma insuficiente compreensão e coloridas pela necessidade de captar quotas de atenção no mercado: uma mistura explosiva de ignorância que provoca muito naturalmente a retracção dos cientistas e dos técnicos. Basta ver a repulsa deontológica institucional da generalidade das corporações profissionais perante a exposição mediática dos seus membros.

³² É o que ensina Lonergan sobre a *reflexão prática* que antecede a *decisão* (pp. 704 ss): o processo de reflexão não possui, por si só, um momento final a que se sucede a decisão. Por regra, antes de se esgotar a reflexão —se tanto acontecer— interpõe-se a oportunidade ou a imposição da decisão ou pelo menos a tentação eficaz de um voluntarismo perante uma opção razoável. Os dois momentos podem até ser antinómicos, entrar em conflito. Para a conformação da norma é a decisão que avulta; para aquilatar esta avultará o mecanismo reflexivo e o respectivo *iter*: um juízo. Ou seja, existe uma distinção a formular—a precisar— entre decisão e juízo: aquela conforma racionalmente a realidade ao passo que este conforma racionalmente aquela conformação.



o quem o possa fazer. Permito-me invocar aqui o paralelismo com os fundamentos da certeza e da segurança que alicerçam a intervenção judicial: consoante a alçada do tribunal, existirá um momento em que se encerram as discussões em foro, com o trânsito em julgado da decisão. As semelhanças com a saúde ocorrem imediatamente. No mesmo esteio também ao profissional de saúde é apelativa a decisão tecnicamente irrepreensível, a despeito da inequívoca decisão contrária do visado. O reduto moral ou ético suga-nos para a solidariedade e nesta se encontra um oceano de excelentes intenções onde o receio da responsabilidade mingua face à substituição das decisões. A panaceia jurídica é a justificação da ilicitude da conduta se forem reivindicadas responsabilidades. Parece simples. Eis uma das reduções radicais que confronta com as questões de ser indiferente pensar —também em senso comum— sobre a eventual dosimetria terapêutica de uma intervenção que modifique os seios, as maçãs do rosto ou os lábios; ou se devo promover algum de tipo de acção *invasiva* (constrangedora), ou, ao menos, responsabilizar o alcoólico, o obeso ou o fumador que desprezem as prescrições sobre a alteração dos seus *hábitos* e permaneçam cronicamente *em lista de abuso* dos serviços de saúde pública; ou o paciente que revoga consentimento, iniciados os procedimentos da intervenção, para visionar partida desportiva. E aquele outro indignado com a cicatriz traçada no corpo em resultado da intervenção que podia ser laparoscópica? Não optou, afirma... Tudo menos ou mais complicado, mais ou menos absurdo, e com respostas onde a perspectiva jurídica também se intromete, seja sobre o que fazer, seja sobre o que foi feito.

Como se vê, seja por via da relevância da decisão paternalista, seja pelo paternalismo da decisão relevante, a *banalidade do mal* aparece a estreitar os dois leitos do rio, onde quer que se coloque a autoridade. Assiste aos profissionais de saúde e ao paciente, tal como se pretende, respectivamente, a obediência a um escrupuloso executor administrativo e deitam-se preces para que a teimosia não obnubile ao visado a decisão racionalmente proveitosa. A eficácia constitui um excelente critério para o que é jurídico, mas para uma validade de conteúdo material, que não meramente formal, persistirá sempre intocável o dever de respeito perante a dignidade jurisdicção individual? Onde se cantam hoje odes à liberdade não se invectivarão amanhã os venenos dos egoísmos intoleráveis? E vice-versa? Hão-de ser os casos contados e tipificados das excepções e da equidade e dos instrumentos de justificação da ilicitude com que se sanará muita intervenção em que se inundem os diques. Está bem de ver que a autoridade a que se



acolhe o determinismo útil de uma actuação plausível que reduz a vontade de alguém subalternizado perante o saber fazer não é forçosamente unívoca, mas contingente. Vários juristas e vários juízes conduzem a várias autoridades; um arquitecto *versus* um engenheiro *versus* um empreiteiro hábil, conferem opções face a uma empreitada em que persistem autoridades equivalentes perante o interessado. O processo de intelecção acaba por revelar várias alternativas logo pela banda de quem é inquirido para exercitar uma opinião revestida de autoridade. As limitações recíprocas subsistem consoante a variação das perspectivas. A medicina não difere nisto, e perante os vários cursos de acção possíveis e sobretudo as sequelas conjecturáveis não será de atribuir autoridade exactamente a quem as recebe no regaço? Não é isto igualmente reduto de autoridade a opor aos outros actores? Pois essa autoridade que o paciente possui será a que sobra das muitas virtudes do que tem de tolerar, usando aqui a expressão com especial vigor etimológico ³³, o qual se ilustra facilmente pedindo emprestada o aforismo de La Rochefoucauld: «Nous avons tous assez de force pour supporter les maux d'autrui.» ³⁴.

Mas não só. Reside por cima de tudo no próprio homem o esforço permanente para procurar garantir a sua própria humanidade. Assim animam as leituras inspiradoras de Castanheira Neves sobre o Direito, perspectivado como:

um dos modos de transcender-se o homem a si próprio: o transcender-se num projecto-de-ser que fundamenta a sua humana co-existência; a tarefa de (o projecto e o esforço de) a axiológica humanização do homem na sua realidade de convivência histórica ³⁵.

³³ Penso nos sinónimos etimológicos do verbo *tolerare*, «suportar» ou «aguentar». Segundo Rui Tavares, serve exactamente como exemplo de uma utilização com curso na dor que o paciente suporta e a medicina visa atalhar «[não uma coisa que se fazia de bom ânimo, mas a que restava a fazer se não havia qualquer alternativa]», *Apresentação a Cândido ou o Optimismo e O Tratado sobre a Tolerância*, de Voltaire, Tinta-da-China, 2008, pp. XI-XXV, máx, XVIII. Problematizando sobre a circunscrição da tolerância às «questões de opinião», i.e., onde exista álea que convoque ponderações e as fronteiras das respectivas limitações (designadamente quanto à passividade, admitindo com Karl Popper a faculdade de recusar e combater a intolerância, pela força, se necessário, repudiando a incitação insidiosa —criminosa— à tolerância para fins perniciosos). Valiosas citações: Comte-Sponville, pp. 173-189. Delimitando negativamente, Michel Meyer, *La Insolencia: ensayo sobre la moral*, Cap. IV e V.

³⁴ Rochefoucauld: *Maximes et Réflexions Morales du Duc de La Rochefoucauld*, Paris, Ménard et Desenne Fils, 1817 (open library: <http://www.archive.org/details/maximesetreflex00larouft>), XIX, p. 5.

³⁵ António Castanheira Neves, *O papel do jurista no nosso tempo*, in *BFDUC*, 44, 1968, pp. 83-142, *maxime* p. 52.



O que leva expressamente Capelo de Sousa a considerar como condição de um efectivo e extenso exercício do direito geral de personalidade não deverem os respectivos titulares descurar a adequada firmeza perante compressões ou eventuais violações ³⁶.

Não parece fácil quer por banda da evolução científica da medicina, e da biologia, e das conquistas tecnológicas aplicáveis, quer por banda das Relações Internacionais, das alterações geopolíticas que conformam os Estados e alteram fronteiras, quer por banda dos comportamentos sociais localizados (antropologia) ou generalizados (sociologia), e tudo resulta em outro quebra-cabeças face à distribuição de recursos e repartição de meios que são escassos perante necessidades sociais de primeira grandeza e prioridade em uma comunidade global crescente. Tudo se projecta no Direito e este mal se propõe regular logo encontra modificações significativas nos bens e nas pessoas cujas tensões e litígios deve aplacar. Desta forma as reacções entre todos estes movimentos de placas provocam compressões e deslizamentos, tantas vezes com fracturas e inconformismos. As sucessivas *erupções* que se foram precipitando em ritmo progressivamente acelerado por via do galopante percurso da Humanidade criam retalhos que vão sendo sucessivamente *cerzidos* através do que é consensual ou do que se mostra possível ou aceitável estabelecer por compressão. Uma enorme tarefa onde a normaçaõ e sobretudo a actividade jurisprudencial se mostram instrumentos indispensáveis para atalhar os efeitos indesejados de uma imensidão de forças contrárias.

Tenho por razoável que os exemplos expostos hão-de vergar-se a uma contingência própria da aplicação dos conceitos e dos princípios gerais enunciados sobre o ser humano e a solidariedade em que se projecta a consciência individual. São estes que permitem a funcionalidade do juízo nos processos de integração e de solução dos contrários. Sempre que o legislador ou o juiz caíam em indecisão ou tentação de os arredar, logo aos conceitos se sucedem os preconceitos e ditam estes uma indisciplina onde o empirismo casual vira casuísmo. O problema reside então em evitar extrair daqui paradigmas falaciosos para valores ou ditames *decisionistas*. O mesmo é dizer: pela delimitação negativa se detecta igualmente a necessidade da construção disciplinar autónoma do Direito da Medicina.

³⁶ Rabindranath Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, 1995, p. 625.



Referências

- 1 Hannah A, Sobre el imperialismo, La tradición oculta Paidós, Barcelona: Paidós, 2004.
- 2 Cardoso da Costa J O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição e na jurisprudência Constitucional Portuguesas, AA.VV, Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Dialética, São Paulo, 1999.
- 3 Hannah Arendt, A Condição Humana, Relógio d'Água, 2001.

Recebido em: 18/9/2016
Aprovado em: 29/9/2016

Como citar este artigo:

Rodrigues JV. Fragmentos axiológicos e eixos de afirmação do Direito da Medicina. *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. 2016 dez., 5 supl. 1:77-99.



Acesso à inovação – investigação, ética médica, direitos dos doentes e recursos financeiros

Access to innovation - research, medical ethics, patient rights and financial resources

Acceso a la innovación – investigación, ética médica, derechos del paciente y recursos financieros

Maria Paula Leite Ribeiro de Faria¹

RESUMO: Este artigo trata da identificação dos direitos dos doentes em sede de acesso à inovação na área da saúde, e à conciliação entre estes direitos e os direitos dos outros doentes e a sustentabilidade do sistema de saúde. É legítimo ao Estado condicionar o acesso de doentes a tratamentos inovadores que podem traduzir a sua única hipótese de cura, ou uma melhoria substancial do seu estado de saúde, em nome de critérios de natureza económica? E esses critérios e decisões podem ser sujeitos ao controlo dos tribunais? Podem ser utilizados nesta ponderação de custos e de benefícios, critérios como a idade do doente, excluindo de certos tratamentos os doentes terminais ou em fim de vida? E se utilizarmos o direito à vida como argumento decisivo do acesso à inovação, garantindo o medicamento ou a tecnologia mais recente e mais cara, sempre que estiver em causa a sobrevivência do doente, não existe o perigo de prejudicar os que ainda têm hipóteses de cura, beneficiando quem já não pode retirar qualquer vantagem da inovação, e do gasto a ela associado? Uma vez que os recursos são limitados, sobretudo em épocas de crise financeira, a questão da sua distribuição constitui um problema que diz respeito a toda a sociedade, e que obriga a ponderar critérios de natureza jurídica, médica, financeira e política, e ética.

Palavras-chave: Alocação de recursos para a atenção à saúde. Prioridades em saúde. Recursos em saúde. Políticas públicas de saúde.

ABSTRACT: This article deals with the identification of patient's rights as regards the access to innovation in health care, and the reconciliation of these rights and the rights of other patients and the sustainability of the health system. Is it legitimate for the State to restrain the access of patients to innovative treatments representing their only chance of cure, or a substantial improvement in their health, in the name of economic criteria? These criteria and decisions can be assessed by the courts? It is legitimate to use, in the weighting of costs and benefits, criteria such as age of the patient, excluding the terminally ill patients from the benefit of certain treatments? And if we use the right to life as the decisive argument in the access to innovation, ensuring in all cases of survival, the newest and most expensive technology, there is no risk of harming those patients who still have healing perspectives? Since resources are limited, especially in times of financial crisis, the

¹ A autora é Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola de Direito do Porto, é investigadora do CEID, Centro de Estudos e Investigação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Portugal. Email: mfaria@porto.ucp.pt



question of its distribution concerns the whole society, and requires the consideration of legal, medical, financial and political, and ethical criteria.

Keywords: Health care rationing. Health priorities. Health resources. Public health policies.

RESUMEN: Este artículo se ocupa de la identificación de los derechos de los pacientes en el acceso a la innovación en la asistencia sanitaria, así como la conciliación de estos derechos y los derechos de otros pacientes y la sostenibilidad del sistema de salud. ¿Es legítimo que el Estado limite el acceso de los pacientes a los tratamientos innovadores que puedan traducir su única posibilidad de curación, o una mejora sustancial en su salud, en nombre de criterios económicos? ¿Estos criterios y decisiones pueden estar sujetos al control de los tribunales? Pueden ser utilizados en esta ponderación de costes y beneficios, criterios como la edad del paciente, con exclusión de los enfermos terminales o en fin de vida de ciertos tratamientos? ¿Y si usamos el derecho a la vida como argumento decisivo en lo que respecta al acceso a la innovación, asegurando la tecnología más nueva y más cara donde está en juego la supervivencia del paciente, no hay peligro de dañar a los pacientes curables, beneficiando a los que ya no se puede derivar ninguna ventaja de la innovación, y el gasto asociado a él? Dado que los recursos son limitados, especialmente en tiempos de crisis financiera, la cuestión de su distribución es un problema que concierne a toda la sociedad, y que requiere considerar criterios jurídicos, médicos, financieros y políticos, y éticos.

Palabras-llave: Asignación de recursos para la atención de salud. Prioridades en salud. Recursos en salud. Políticas públicas de salud.

Introdução

O problema da distribuição equitativa de recursos na área da saúde é extremamente complexo e coloca inúmeras questões, algumas das quais transcendem o âmbito do nosso trabalho, como a de saber se os cuidados de saúde públicos devem ser garantidos a todos, independentemente dos seus recursos e da possibilidade de aceder a sistemas privados de saúde, se a auto-colocação em risco por parte do doente deve ter reflexos na sua posição relativa face a outros doentes (o doente que sempre fumou para além do razoável, ou não usava cinto de segurança quando foi vítima do acidente de viação, deve ser tratado em igualdade de circunstâncias em relação a outro que sempre teve cuidados com a sua saúde, e que não se colocou numa posição abusiva em relação aos recursos da colectividade? (1), ou ainda, agora ao nível das opções fundamentais do Estado, se este não deve corrigir a desproporção existente entre o que gasta em intervenções e hospitalização e o que investe em medicina preventiva (campanhas anti tabágicas, vacinação, melhoria das condições sanitárias da população).



A equidade em saúde pode ser definida como a ausência de diferenças sistemáticas, e potencialmente evitáveis, em um ou mais aspectos da saúde, entre grupos populacionais caracterizados social, geográfica ou demograficamente. Neste contexto, um aspecto fundamental é o acesso a cuidados de saúde de qualidade em função das necessidades clínicas dos cidadãos (2)

Partindo do princípio de que não se encontra ainda suficientemente desenvolvido um critério de distribuição de recursos na área da saúde capaz de atender de forma equilibrada às diferenças sociais e económicas entre utentes (a este propósito não se esqueça que já se procede no nosso país à cobrança de taxas moderadoras de que estão isentas as camadas mais desfavorecidas da população, e que o serviço de saúde se deixa sustentar com base nos impostos pagos em proporção do rendimento e património de cada um, pelo que a justiça social neste domínio se encontra relativamente bem assegurada) o critério determinante do acesso aos cuidados de saúde deve ser o da necessidade clínica, ou seja, o critério da existência de indicação médica para a realização de uma intervenção ou tratamento. No entanto, esse critério pode não ser suficiente, onde está em causa o acesso à inovação, ou seja, o acesso a tratamentos e técnicas “de ponta”, extremamente dispendiosos, que não podem ser garantidos de forma ilimitada a todos os cidadãos.

Prescindimos de tratar uma outra questão, a dizer de igual forma respeito à articulação entre os direitos individuais e a inovação no domínio da saúde, e que se relaciona com a tutela do participante no processo de investigação e experimentação de terapias inovadoras e ensaios clínicos.

Nos termos da Lei nº 21/2014, de 16 de Abril (3), que veio substituir a Lei sobre ensaios clínicos, nº 46/2004, de 19 de Agosto, a natureza e a finalidade dos ensaios tem que ser conciliada com a tutela dos direitos e da dignidade dos participantes nos ensaios. A investigação e os ensaios clínicos visam a obtenção de conhecimentos que podem vir a revelar-se úteis, no futuro, para uma generalidade de pessoas, mas não se dirigem à cura ou ao benefício de um doente concreto, como sucede no âmbito da administração de fármacos, ou da realização de intervenções com finalidade curativa. Por isso mesmo, colocam-se a este nível questões específicas, relacionadas com o esclarecimento e a obtenção do consentimento dos participantes nos ensaios, com a sua remuneração, ou possibilidade de remuneração, mesmo indirecta, como sucede nos Estados Unidos, em



que se praticam verdadeiras formas de aliciamento, prometendo alimentação, entretenimento e alojamento grátis aos intervenientes em certas experiências, com a responsabilidade pelos danos que eventualmente possam ocorrer, com a administração de placebos que não envolvem qualquer possibilidade de benefício individual, mas que podem produzir certo tipo de efeitos psíquicos e físicos, de que as pessoas integradas em grupos de controlo devem ser informadas, entre inúmeras outras questões.

Muito embora se trate de um domínio em que a protecção da dignidade das pessoas, da sua autonomia, e dos seus direitos, é fundamental – será ocioso lembrar as hediondas experiências efectuadas nos campos de concentração nazis, e o nome de *Mengele*, ou os testes com medicamentos que, já mais perto de nós na história, foram levados a cabo nos países do terceiro mundo por investigadores privados das grandes potências económicas mundiais – entendemos que a discussão em torno da questão da equidade na repartição dos recursos existentes em caso de tratamentos inovadores e particularmente caros, se deixa revestir de maior actualidade e interesse, não só porque se concretiza em decisões e escolhas com consequências dramáticas para os doentes e as suas famílias, mas também porque nelas se jogam equilíbrios valorativos extremamente complexos, que têm escapado, na sua maioria, ao escrutínio dos nossos tribunais, por se entender que as valorações jurídicas pouco têm a dizer sobre elas.

Os direitos invocados pelos doentes neste domínio deixam-se revestir de uma natureza incontornavelmente social, o que os enfraquece, e torna a sua tutela mais débil, uma vez que não se deixam associar a posições subjectivas de conteúdo determinado. (4).

Por outro lado, não estando em causa a apreciação da constitucionalidade de verdadeiros actos normativos, do que se trata é da tutela do particular contra decisões que convocam justificações de natureza política e estratégica, e que mesmo que se enquadrem dentro da categoria do acto administrativo, é duvidoso que não pertençam já a uma reserva insindicável de discricionariedade e de ponderação. Esta questão foi, de resto, colocada e discutida perante os tribunais, a propósito do encerramento de várias salas de parto no país, e no âmbito do processo relativo ao encerramento da Maternidade Alfredo da Costa.

A aquisição e comparticipação de grande parte dos medicamentos e tratamentos inovadores onera fortemente o erário público, e é susceptível de desequilibrar as contas e o orçamento dos hospitais, do SNS, e do próprio Estado. A solução para o problema



poderia ser a mais radical de todas, ou seja, a sua não introdução no mercado. Na verdade, trata-se de remédios que resultam de anos, e décadas, de investigação, em relação aos quais funcionam lógicas de mercado e de concorrência muito agressivas, e do uso de tecnologia de ponta, pelo que o preço a pagar por doente ronda, muitas vezes, os milhares de euros (medicamentos contra a hepatite C, contra o cancro, contra doenças inflamatórias como a doença de *Crohn*, contra doenças raras, entre outras).

Não vamos especular sobre a questão de saber se o Estado tem conduzido bem, ou não, a sua relação com as farmacêuticas, e a política do medicamento. Também não vamos aprofundar a polémica que rodeia a prática comercial das farmacêuticas que, muitas vezes, tiram partido da sua posição de exclusividade, ou quase exclusividade, no mercado, para cobrar valores extremamente elevados pelos medicamentos, alegando que passados poucos anos a concorrência, que entretanto também entra no mercado, as vai impedir de praticar esses preços, tendo-lhes sido muito dispendioso o processo de investigação.

A lógica de Salomão, rei de Israel, levaria a considerar o sacrifício de todos, ou a venda apenas a quem tivesse recursos suficientes, mas essa solução não seria sequer razoável sob o ponto de vista económico, porque obrigaria o Estado a desembolsar somas, também avultadas, no tratamento e acompanhamento destes doentes cujo estado de saúde se iria provavelmente agravar (o tratamento de todos os doentes com hepatite C envolve um custo anual para o Estado de cerca de 71 milhões de euros, dos quais cerca de 80% dizem respeito às complicações decorrentes da evolução da doença, seja com a realização de transplantes hepáticos, seja com o debelar dos cancros associados à doença).

A outra alternativa, também indefensável, e in comportável sob o ponto de vista das finanças públicas, aponta no sentido da sua disponibilização e comparticipação a todos os utentes. Mas sabemos que o Serviço Nacional de Saúde não consegue sustentar de forma ilimitada o preço dos medicamentos inovadores, sem dúvida eficazes, que muitas doenças requerem (o número de doentes com hepatite C em Portugal, ronda as 37.000 pessoas, segundo um estudo de 2013, e a previsão relativa ao número de doentes oncológicos também indica uma tendência de aumento, de acordo com dados da DGS – Portugal, doenças oncológicas em número, 2013). No Brasil, onde estes problemas se colocam de forma ainda mais premente, e onde é prática corrente a interferência dos tribunais nas



decisões da Administração Central e dos hospitais a este nível, chegou-se à conclusão de que o tratamento integral da hepatite C, e da artrite reumatoide pelo Estado, ficaria mais caro do que o funcionamento de todas as estruturas públicas relacionadas com a saúde. Para fornecer gratuitamente os medicamentos para estas duas doenças, que afectam 1% da população brasileira, o Estado gastaria mais, do que gasta actualmente com a totalidade dos internamentos, diagnósticos, cirurgias, tratamentos, acções de educação para a saúde, vigilância e prevenção sanitária para toda a população.

Num mundo imperfeito, com recursos escassos, impõe-se a sua repartição de forma justa, o que não pode significar o cumprimento de um princípio de igualdade formal, segundo uma regra de equiparação que não olha a fragilidades, necessidades e características específicas, já que se assim fosse, o Estado estaria a garantir medicamentos e cuidados de saúde a quem não precisa, e a descurar os interesses de quem mais precisa, ou dito de outra forma, a desbaratar recursos. O que se pretende é que em cada decisão a tomar, a balança entre o direito à vida e à integridade física de cada um, e o interesse da generalidade, que contempla a saúde de todos, mas que integra também o interesse em ver cumpridas outras funções pelo Estado, funcione de forma equilibrada e justa. E é este o cerne das nossas preocupações. Saber, em primeiro lugar, quais os critérios pelos quais se deve reger um tal equilíbrio e, depois, tendo consciência de que é sempre fácil formular soluções e regras teóricas que não se têm que aplicar na prática, garantir, que uma vez que se trata de decisões extremamente difíceis e passíveis de erro, e que afectam como nenhuma outra os direitos mais importantes das pessoas, se tornam susceptíveis de apreciação pelos tribunais. Os critérios que orientam a decisão de encerramento ou suspensão de um serviço, a recusa de um medicamento ou tratamento a um doente, ou o funcionamento, ou não, de uma estrutura hospitalar, não só devem ser sindicáveis pelos tribunais, no sentido de estes poderem apreciar e valorar a sua compatibilidade com princípios fundamentais do ordenamento, e com direitos constitucional e legalmente consagrados, como devem ser aí apurados e desenvolvidos em sede interpretativa, de forma a poder valer como arrimo de outras decisões. Não nos convence a linha de raciocínio segundo a qual, por estarem em causa decisões complexas, onde se entrecruzam valorações médicas e científicas e opções políticas e financeiras, o direito pouco, ou nada, tem a dizer sobre elas, pelo que deve renunciar ao estabelecimento de critérios, encarando a aleatoriedade, a discricionariedade e a falta de



objectividade como custos normais e socialmente toleráveis de viver num mundo com recursos limitados, em que o decisor tem que tomar opções políticas.

Muitas decisões relativas à distribuição de recursos na área da saúde assentam em valorações e conhecimentos de natureza médica que não são acessíveis ao julgador. Apenas os médicos estão em condições de determinar qual o grau de sucesso que pode ter uma intervenção ou tratamento, e se a administração de um medicamento inovador é, ou não, medicamente indicado. O julgador não pode tomar decisões acerca da prevenção, diagnóstico, e prognóstico de determinadas doenças, assim como não pode substituir o juízo do médico pelo seu, onde se trata de definir a necessidade do tratamento, ou de averiguar o cumprimento de regras técnicas na sua execução. Além disso, sabe-se da posição defensiva e paternalista que ainda hoje revela a classe médica em relação à apreciação das suas valorações por parte do direito e dos tribunais. Não obstante o esforço que tem sido feito nos últimos anos para garantir a sujeição dos médicos a regras capazes de assegurar a eficácia, a adequação, a razoabilidade e o cuidado das suas decisões, como sucede no âmbito do consentimento informado, ou em relação ao apuramento da violação de deveres de cuidado no domínio da negligência, a verdade é que não só continua a ser difícil para o direito lidar com o uso de uma linguagem técnica hermética e tecnicamente complexa, como continua a ser muito grande o espaço de discricionariedade que é reconhecida à valoração e decisão clínica, acabando em muitos casos, por não se conseguir ir para além da averiguação da razoabilidade da decisão pelo juiz.

Mas muitas decisões que parecem ser exclusivamente médicas, ou ditadas por razões estritamente clínicas, são tomadas em função de pontos de vista económicos e políticos, e isto independentemente de serem médicos, gestores, ou departamentos financeiros, a terem a responsabilidade das mesmas decisões. Um critério estritamente médico, independentemente da falta de transparência que pudesse ter aos olhos do jurista, apenas poderia recomendar o tratamento de todas as doenças e males, utilizando para esse fim todos os meios conhecidos e científica e tecnicamente adequados. Não tendo o médico que curar, ou tratar, apenas um doente, e não dispondo de “todos os meios pensáveis”, tem que proceder a escolhas, que lhe são muitas vezes impostas, e que são escolhas de gestão. E essas escolhas têm que ser avaliadas, porque não existe a garantia de que prevalece nelas a preocupação com a vida e a saúde dos doentes, podendo as



preocupações financeiras sobrepor-se de tal modo à valoração clínica, que ela deixa de ter importância, ou reflectir equilíbrios errados de interesses, não coincidentes com pontos de vista exclusivamente médicos. Embora seja difícil definir ao nível das ponderações feitas, entre o espaço que nelas cabe à valoração e à razão médica, e a critérios de oportunidade e de eficiência, parece-nos que há razões bastantes a justificar a apreciação da legitimidade dos pontos de vista - não médicos - que conduziram até elas. Neste sentido, de forma mais radical ainda, e em face a um ordenamento jurídico completamente distinto, Pieterse M (5):

Se é verdade que os médicos têm que tomar decisões de distribuição de recursos “no momento” baseadas em critérios clínicos de necessidade, também é verdade que essas decisões são muitas vezes condicionadas por critérios não clínicos, impostos por departamentos e agentes administrativos, dentro de um espaço politicamente determinado de recursos disponíveis. Efectivamente, pode sustentar-se que a maioria das decisões de racionamento de recursos, independentemente de quem as toma, são decisões políticas, e não apenas clínicas. Não há por isso razão para não as sujeitar ao mesmo tipo de controlo a que estão sujeitas as decisões de natureza puramente política.

Colocamo-nos assim perante o problema de fundo que rege todas estas considerações. Como se defendem os direitos dos doentes perante uma eventual falta de equidade da decisão que os afecta? Pode o poder judicial interferir legitimamente em opções de oportunidade e adequação sem desrespeitar o princípio da separação de poderes, e o próprio princípio democrático segundo o qual o juiz não pode interferir em áreas de actuação que exigem, nas palavras de Sérvulo Correia (6) “legitimidade democrático-eleitoral directa ou indirecta (e não mera legitimidade institucional)”? Mas mesmo admitindo que não estejam em causa opções integralmente políticas, será que a reserva de valoração e de discricionariedade que a lei reconhece à decisão administrativa (artº 3, nº 1, do CPTA (7)) lhe permite escapar à valoração pelo direito, designadamente onde se desafiam princípios jurídicos básicos de ponderação? Será que não é possível antever, na actuação governativa a este nível, como na de gestores e médicos, uma grande medida de implementação da lei e dos seus critérios, logo, o desenvolvimento de uma actividade administrativa integralmente sindicável?

E pergunta-se ainda: sendo o direito à saúde um direito de natureza social, sob reserva do possível, faz sentido permitir ao poder judicial a actualização de juízos de



“possibilidade” financeira capazes de interferir com direitos de outras pessoas, na área da saúde, ou em outras áreas sociais? Ao admitir a intervenção dos tribunais nesta sede, não estamos a abrir a porta ao fenómeno da judicialização da saúde, e à obtenção de atendimento médico, medicamentos e prestações terapêuticas pela via judicial, que se verifica em países como o Brasil com consequências incontrolláveis para o orçamento do Estado?

O direito à saúde constitucionalmente consagrado (art. 64º da CRP) (8) é um direito social, pelo que tem um conteúdo essencialmente indeterminado, ou seja, não se torna possível identificar a partir da norma constitucional o alcance e o tipo de pretensões de saúde que o cidadão pode dirigir ao Estado (9), (10), (11), (12).

E mesmo a leitura do nº 2 desta disposição que estabelece a forma pela qual o direito à saúde é realizado, ou do nº 3, que consagra as tarefas prioritárias do Estado no domínio da saúde, não dá um grande contributo para o encerramento ou completude normativa deste direito no plano constitucional. O que faz sentido, pois tratando-se o direito à saúde, como outros direitos de natureza social, de direitos cuja realização depende das condições económicas do Estado e do seu grau de desenvolvimento (de direitos sob reserva do possível), o legislador constitucional nunca poderia amarrar o Estado a obrigações e compromissos precisos nestes domínios, remetendo, tal como fez, essa tarefa para o plano infra-constitucional, para o domínio da actuação legislativa ou da intervenção judicial. Não vamos agora discutir, porque pensamos que não é este o local para o fazer, se desse modo estes direitos perdem consistência ou fundamentalidade, ou se mantêm a sua natureza jus-fundamental, integrando a norma legislativa o seu conteúdo, e ficando assegurada a sua igualdade hierárquica e valorativa em relação aos designados direitos de liberdade, os direitos, liberdades e garantias, embora adiantemos que esta opinião favorece claramente a nossa linha de raciocínio.

Acerca da situação actual dos direitos sociais, e da ruptura entre o sistema económico e as opções políticas, que enfraquece as possibilidades de prestação do Estado, e o modelo ocidental que inspirou a estruturação da nossa ordem constitucional (13).

Do que não pode haver dúvida é de que não é possível ter acesso ao conteúdo do direito fundamental à saúde através da leitura do texto constitucional, pelo que o juízo acerca da legitimidade das decisões da Administração que neste domínio afectam direitos



e posições jurídicas dos particulares, terá que ser feito em face da intervenção conformadora, concretizadora e densificadora do legislador ordinário, e das dotações orçamentais também elas legislativamente previstas para este domínio de actividade. O conteúdo do direito fundamental decorre do encontro entre a norma aberta que na Constituição consagra o direito à saúde, e o conjunto das normas infra-constitucionais que estabelecem direitos a prestações derivados. Ao nível da Constituição, e não nos referimos aqui de forma detalhada a todos os diplomas e declarações internacionais que vinculam o Estado português à tutela da saúde dos seus cidadãos, porque pressupomos que eles se reflectem, e têm expressão, na ordem jurídica interna, consagra-se a opção fundamental da tutela do direito, afirma-se a essencialidade da saúde para os cidadãos e para a colectividade, conferindo-se depois consistência a este direito através da intervenção do legislador ordinário que, neste domínio, se faz a vários níveis.

Destaca-se aqui a Lei de Bases da saúde (14), a Lei que veio instituir o Serviço Nacional de Saúde (15), a Lei que aprova o Estatuto do Serviço Nacional de Saúde (16), a Lei que consolida a legislação em sede de tutela dos direitos e deveres dos utentes dos serviços de saúde (17), a Lei que consagra medidas para a racionalização da política do medicamento no âmbito do serviço nacional de saúde (18), entre tantos outros diplomas.

A evolução que sofreu, entre nós, o sistema nacional de saúde, constitui um bom exemplo de como a realidade ao nível das prestações do Estado no domínio da saúde se tem que adaptar aos recursos existentes. O serviço nacional de saúde, que representou uma conquista fundamental dos cidadãos, foi criado no início da década de noventa, com a aprovação da lei de bases de saúde, e com o Estatuto do serviço nacional de saúde em 1993 (19). Este serviço, que se desdobra em múltiplas prestações, garante a equidade na saúde através do acesso de todos os cidadãos, independentemente das suas condições económicas, a cuidados de medicina curativa e preventiva, bem como a cobertura médica e hospitalar do país, da forma mais racional e eficiente possível, através do recurso a fundos públicos.

A complexidade do sistema de saúde, e a multiplicidade de prestações em que se desdobra, torna particularmente difícil a questão da gestão de recursos e a realização de opções no plano político, uma vez que a “promoção da saúde e a prevenção da doença” de que fala a Base II, da Lei de Bases da Saúde (20)), abrange a prevenção e o combate à doença, a assistência medicamentosa, a prevenção da toxicodependência, os cuidados



pré-natais e pediátricos, os cuidados paliativos, a investigação na área da saúde, estende-se a domínios que tradicionalmente já pertencem à área da segurança social, ou do bem estar social, e vai porventura ainda mais longe, se adoptarmos a concepção ampla de saúde da OMS, que inclui neste conceito, não só o acesso aos cuidados de saúde, como as condições de vida capazes de evitar a doença, e a eliminação das desigualdades no acesso aos cuidados de saúde. Ao definir a saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente ausência de doenças e enfermidades”, a OMS inclui neste conceito a própria eliminação das desigualdades de género, ou seja, a adopção de medidas concretas ao nível da educação, da formação profissional, e mesmo no plano eleitoral, capaz de promover o desenvolvimento global da pessoa (21).

No entanto, em vinte anos, a realidade do país mudou. Aumentou a complexidade dos cuidados de saúde prestados, quer sob o ponto de vista da assistência medicamentosa, quer ao nível dos equipamentos e da articulação entre os profissionais de saúde, aumentaram em conformidade os custos de funcionamento de toda a máquina de prestação de serviços, modificou-se profundamente a relação entre o médico e o doente que se tornou muito mais exigente e se despersonalizou, aumentou a esperança de vida da população (em 1974 era de 68 anos, em 2014 de 80 anos, embora com diferenças para homens e mulheres) e os problemas associados ao seu envelhecimento, e assistiu-se à empresarialização dos serviços hospitalares, passando a redução dos custos e a gestão de meios a ter aí uma importância fundamental. Já num contexto de crise económica, e perante a dificuldade de distribuir os recursos existentes face a um sistema de saúde cada vez mais dispendioso, foram introduzidas e atualizadas as taxas moderadoras como forma de racionalizar a procura e foram sendo reestruturados os próprios serviços.

Identificado o quadro normativo em que se integra o direito à saúde, onde se reconhece expressamente que têm que ser feitas ponderações de vária ordem, para adaptar os recursos financeiros do Estado às necessidades sentidas pela população (não faz sentido consagrar legislativamente formas de realização do direito que excedam os recursos financeiros do Estado, ou que comprometam a realização de outras tarefas fundamentais do Estado), salvaguardando sempre o mínimo essencial do direito que terá que se manter imune a exigências de ordem orçamental e económica, e que se relaciona com a garantia da dignidade da pessoa humana (não se pode adoptar uma política de saúde que condene pessoas à morte porque não estão em condições de pagar os



cuidados básicos de saúde, tendo o Estado que assegurar o acesso à rede de saúde primária, programas de vacinação e medicamentos essenciais, de acordo com a OMS), caracterizada a realidade do nosso país e a complexidade e diversidade das prestações de saúde asseguradas pelo Estado, chegamos ao plano das decisões concretas da administração e dos hospitais.

A Base 1, n.2, da Lei de Bases da Saúde, estabelece o seguinte: “O Estado promove e garante o acesso de todos os cidadãos aos cuidados de saúde nos limites dos recursos humanos, técnicos e financeiros disponíveis”, e a Base 2, nº 1, alínea b), afirma que: “é objectivo fundamental obter a igualdade dos cidadãos no acesso aos cuidados de saúde, seja qual for a sua condição económica e onde quer que vivam, bem como garantir a equidade na distribuição de recursos e na utilização de serviços, ressalvando a alínea c), a necessidade de tomar medidas especiais de protecção em relação a grupos particularmente vulneráveis como os toxicodependentes, as crianças e os idosos. Por sua vez, o Decreto-Lei nº 106-A/2010, relativo à política do medicamento, e que é um dos instrumentos que procura introduzir equilíbrio no sistema, garantindo a sustentabilidade do SNS, não deixa de referir o seu Preambulo, preocupações de equidade.

Confrontamo-nos aqui com a dificuldade em distinguir a decisão administrativa da decisão política, tendo presente um conceito de decisão política em sentido lato, que se coloca fora dos poderes de sindicabilidade dos tribunais administrativos.

Falamos em decisão política em sentido lato, de forma a abranger, não apenas os actos correspondentes ao exercício da função política (actos políticos em sentido estrito), e que exprimem opções fundamentais sobre a definição e a realização dos interesses gerais da colectividade, mas também os actos praticados no âmbito da função administrativa não regulados por normas ou princípios jurídicos (nº 1, do art. 3º, do CPTA), e que são apenas os actos de autoridade cuja não sindicabilidade é cada vez mais contestada, uma vez que todos os restantes actos e decisões administrativas terão que estar sujeitos à apreciação dos tribunais administrativos por imposição constitucional - art. 22º da CRP.

De acordo com o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 3 de Junho de 2007, nº 01143/06, a função política que “corresponde à prática de actos que exprimem opções fundamentais sobre a definição e a prossecução dos interesses ou fins essenciais da colectividade”, integra-se conjuntamente com a função administrativa, essa sim sujeita à apreciação jurisdicional, no âmbito da actividade do poder executivo. Esta função política,



que é muitas vezes exercida através de decreto-lei orientando a actividade administrativa, não constitui actividade executiva em sentido estrito, uma vez que não se limita à execução de leis já existentes, embora também não se confunda com a actividade legislativa, uma vez que não traduz uma intervenção inovadora.

Na medida em que grande parte das decisões do Governo e da Administração que envolvem opções de distribuição de recursos na área da saúde envolvem uma grande margem de liberdade e de apreciação, porventura maior do que a que caracteriza a discricionariedade que assiste a estes órgãos no exercício da função administrativa, poderíamos ser tentados a qualificá-las como decisões políticas, o que não nos parece o mais correcto, uma vez que não só não está em causa uma mera definição de estratégias, ou da melhor forma de realizar os interesses fundamentais da colectividade (não podemos admitir que se caracterize como livre, ou como meramente política, a actividade de definição de critérios para o acesso a medicamentos, ou intervenções médicas, tendo em conta os direitos que estão em causa, e sendo certo que é uma área de actividade densamente regulada), como, por outro lado, estamos longe de nos encontrar num domínio juridicamente livre como aquele que se faz corresponder ao exercício da discricionariedade política.

Podemos então entender que estamos, na maior parte dos casos, perante formas de actuação de índole ou natureza administrativa, sujeita à lei, e embora sendo verdade que mesmo no domínio da decisão administrativa é reconhecida à Administração uma “reserva política” que corresponde ao juízo de conveniência e oportunidade das escolhas feitas (art. 3º, nº 1, do CPTA), parece-nos que a maioria das decisões tomadas no domínio da saúde, e as ponderações que as fundamentam, têm que estar de acordo com normas e princípios jurídicos, não podendo ser invocada a liberdade de decisão como razão de impedimento da intervenção do tribunal. Como afirmou o Supremo Tribunal Administrativo no Acórdão já referido, de 3 de Junho, de 2007, “os poderes de cognição dos tribunais administrativos abrangem apenas as vinculações da Administração por normas e princípios jurídicos, e não a conveniência ou oportunidade da sua actuação (...) *pelo menos quando não se detectar concomitantemente a ofensa de princípios jurídicos*”.

Quais são então os critérios, ou as valorações jurídicas, cujo cumprimento caberá ao juiz verificar relativamente à decisão administrativa ou de gestão concreta tomada no



domínio da saúde, tendo como certo que essa decisão não se pode legitimar com base em critérios vagos de equidade, clínicos, ou financeiros?

Não faltam tentativas de resposta para a questão da equidade, e para a sua definição. Encontramos assim as teorias utilitaristas, a teoria da justiça de Rawls, a teoria de propriedade de Locke, e muitas outras, que não vamos elencar aqui. Fundamentalmente, há que ter presente que o que é igual, deve ser tratado de forma igual, e que a diferença de posições deve merecer atenção quando se quer atingir a igualdade. Não nos parece que o critério a adoptar para dar conteúdo a esta regra de equidade ou de parificação, de tratamento justo, se quisermos, possa ter uma natureza estritamente económica, embora, onde se fala de recursos, essa dimensão tenha que estar inevitavelmente presente (seria o caso se o Estado decidisse compartilhar um determinado medicamento a todos os doentes até um determinado limite ou montante, independentemente da sua situação concreta). A ideia do tratamento desigual como forma de obter a igualdade, é a que preside, ou inspira – embora suscitando reservas sob o ponto de vista fiscal, por exemplo, em relação aos que mais contribuem, e que, por conseguinte, entendem que também deveriam ser contemplados pelas prestações do Estado em igualdade de circunstâncias em relação aos que têm menos recursos – o funcionamento das taxas moderadoras, e a imposição de limites à comparticipação de medicamentos, atendendo à situação financeira e patrimonial concreta do utente. A equidade na saúde significa aqui igual oportunidade para ser saudável em todos os grupos da população, o que impõe que os recursos na saúde sejam distribuídos de forma a permitir aos mais desfavorecidos aproximar-se dos mais favorecidos, utilizando a prestação de cuidados de saúde como um instrumento de justiça social

Vimos que o direito da saúde se deixa conformar através da Constituição e de opções legais de natureza infra-constitucional, pelo que só poderá ser considerada legal/constitucional/legítima a decisão que respeite em primeiro lugar, as opções do legislador ordinário nesta matéria, e os critérios de ponderação que orientam a formulação da lei na concretização do direito em causa, e que não podem deixar de ser critérios de natureza constitucional. Seguimos aqui uma perspectiva unitária dos direitos fundamentais, tal como a que sustenta entre nós Reis Novais J (22), e parece não ser rejeitada por Medeiros R (13).



Como a nossa Constituição estrutura a sociedade portuguesa em moldes valorativos bem definidos, não haverá dúvidas de que qualquer distribuição de recursos que tenha lugar não pode comprometer a dignidade essencial da pessoa, que neste domínio está directamente relacionada com a protecção da vida e da integridade física, que não são direitos sujeitos à reserva do possível, e cuja restrição depende da reunião dos pressupostos do art. 18º da Constituição, ou seja, de princípios de necessidade, proporcionalidade e mínima restrição possível.

Não desconhecemos que o nosso Tribunal Constitucional tem optado, onde se discute a afectação de direitos sociais, por uma linha de argumentação mais principialista, do que baseada na restrição de direitos, o que parece uma consequência lógica da diferente densidade e natureza destes direitos quando postos em confronto com os direitos, liberdades e garantias. Todavia, se entendermos que a valoração constitucional informa a legislação ordinária, e que esta se mostra de acordo com o parâmetro normativo fundamental, qualquer diminuição ou comprometimento do conteúdo da lei e das garantias constitucionais com reflexo nos direitos das pessoas, constituirá uma restrição de direitos fundamentais (fiscalizável em sede de constitucionalidade se se tratar de actos legislativos), e uma afectação de posições jurídicas individuais que poderá ser apreciada segundo esses mesmos princípios, se estiver em causa uma actuação administrativa.

Por outro lado, têm que ser tidos em conta, como partes integrantes do conceito de bem comum constitucionalmente consagrado, valores de igualdade, justiça, liberdade e solidariedade, o que pode justificar, como acabámos de ver, a colocação de recursos ao serviço de necessidades urgentes e vitais de camadas mais desfavorecidas ou vulneráveis da população, como forma de eliminar desequilíbrios, e garantir a igualdade e liberdade de todos.

Estando em causa a vida e a integridade física das pessoas, o critério determinante da oportunidade ou conveniência de uma medida, deve ser um critério de natureza médica, relacionado com a existência de um interesse ou finalidade curativa do medicamento ou intervenção, e com o diagnóstico e a evolução previsível da doença e taxas de mortalidade.

Tratando-se de medicamentos, os serviços de saúde devem actuar em conjunto com a entidade reguladora do medicamento, articulando exigências terapêuticas (se o medicamento é eficaz, se é inovador, se a sua introdução não traduz uma multiplicação de



medicamentos para o mesmo fim, se não se trata de um medicamento de resultado não comprovado ou que apresenta escassa vantagem em relação aos já existentes) e de racionalidade, antes de decidir introduzir os medicamentos no mercado, e a sua comparticipação e acesso deve depender da avaliação do interesse terapêutico no caso concreto. Em certos casos, antes da aprovação do medicamento, podem ser autorizados pedidos de natureza excepcional.

Um hospital sul-africano, excluiu um doente do acesso aos serviços de diálise porque entendeu que ele não cumpria os requisitos de elegibilidade para o tratamento (24), tendo o doente invocado perante os tribunais o direito à vida e o direito a tratamento médico de emergência. O caso foi o seguinte: um doente que precisava de fazer diálise para prolongar a vida, não dispondo de meios para o fazer no sector privado de saúde, solicitou a sua realização num hospital do Estado. Infelizmente este hospital não podia garantir a realização da diálise a todos os doentes que a precisavam de fazer, e como a diálise não “cura”, mas apenas permite prolongar a vida, e o doente não era elegível para transplante de rim, foi excluído de acordo com os critérios de admissibilidade do hospital. O tribunal entendeu que não tinha sido posto em causa o direito à saúde porque este não se deixa deduzir do direito à vida, nem do direito a tratamento de emergência, e considerou que estavam em causa critérios clínicos de repartição de meios escassos entre doentes que não podia valorar, sendo certo que o critério que foi utilizado encontrava a sua justificação no corte de recursos que foi considerado necessário na unidade de diálise renal do hospital que foi imposto na sequência da redução orçamental do hospital e do departamento de saúde da província em causa. Uma vez que os critérios de admissibilidade para a realização de diálise no hospital tinham por objectivo maximizar o acesso efectivo ao tratamento disponível, e uma vez que o autor da acção não sugeriu que estes critérios fossem irrazoáveis, ou aplicados de forma desrazoável ou injusta, eles foram considerados constitucionais.

Neste caso, que se poderia colocar em face da nossa ordem jurídica, embora ressaltando que à luz do nosso ordenamento, e de acordo com o art. 150º do Código Penal (25)², a diálise constitui uma intervenção curativa, uma vez que se trata de um meio

² Art. 150º, nº 1 (Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos): As intervenções e tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e a experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as leyes artis, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de



indicado para debelar doença ou sofrimento, de acordo com um sentido amplo de cura coincidente com a melhoria do estado geral da pessoa ou do doente, estamos perante uma evidente interpenetração de critérios médicos e de gestão, que poderia justificar a mesma conclusão de insindicabilidade por parte dos tribunais. No entanto, parece-nos que os tribunais não podem – ou não devem – assumir, que pese embora a existência de espaços óbvios de valoração por parte das entidades de saúde, as suas decisões são sempre razoáveis e tomadas de boa fé, com a justificação de que nesta área todas as decisões são difíceis de tomar, e de que os recursos não são inesgotáveis, uma vez que essa linha de argumentação inviabiliza a pretensão de realização de qualquer direito social. Não só a falta de recursos carece de demonstração, não constituindo um facto natural ou óbvio, como devem ser ponderados os argumentos e razões em presença, em face da lei, e dos princípios fundamentais do ordenamento.

Supondo que um critério de utilidade médica e terapêutica torna indicado o tratamento, o que fazer quando a recusa do medicamento, ou da intervenção, significa que ficam doentes por tratar? Numa primeira aproximação, diríamos que a recusa de um tratamento que compromete bens jurídicos essenciais não é legítima, uma vez que o direito à vida não ser ponderado no âmbito do art. 18º que estabelece os limites de legitimidade da restrição dos direitos, liberdades e garantias. No entanto, não se pode perder de vista que não está aqui em causa a afectação directa do direito à vida, ou à integridade física de uma pessoa, mas da realização de um direito que é de todos, e que é garantido através de recursos ou meios que pertencem a todos, o direito à saúde. Sendo assim, a questão será esta: faz sentido paralisar o serviço nacional de saúde custeando um só tratamento de milhões de euros? Pode negar-se o direito à saúde de milhares de pessoas para satisfazer a necessidade vital de um medicamento de um só membro da sociedade, sendo certo ainda que a decisão terá que ser tomada de forma geral, ponderando a possibilidade de ter que fornecer o mesmo tratamento a mais doentes em número potencialmente indeterminado? Este é, sem dúvida, um dilema ético, mais do que jurídico, tal como aqueles que no direito penal se integram no âmbito do estado de necessidade desculpante, a exigir o funcionamento de uma ideia de razoabilidade e de

prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física.



exigibilidade. A assistência na saúde que garante o Serviço Nacional de Saúde (SNS) deve ser assegurada a todas as pessoas que procurem diagnóstico e tratamento nos estabelecimentos de saúde pública, mas de acordo com as regras estabelecidas pelo próprio SNS com a preocupação de garantir os direitos de todos. Tenha-se inclusivamente presente a ideia que orienta a lei da responsabilidade civil extracontratual do Estado (26), que prescreve no seu art. 7º, nº4, que apenas existe responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço onde a “atender a circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma actuação susceptível de evitar os danos produzidos”. O direito à saúde não pode ficar sem conteúdo relativamente a todos os restantes cidadãos, pelo que a realização do direito de uma pessoa, ou de um grupo de pessoas, não pode traduzir o esvaziamento completo do conteúdo desse direito em relação à generalidade, sob pena de se estar a desrespeitar o princípio da igualdade, da proporcionalidade, e o mínimo ético essencial do direito.

Pode haver casos, todavia, em que a comparticipação de um medicamento ou a realização de uma intervenção, não compromete a sobrevivência do serviço nacional de saúde, e o princípio da igualdade de tratamento dos utentes, revestindo-se de carácter ou natureza excepcional ³. Onde não existe alternativa, e estando em causa a vida de uma pessoa, o argumento da “reserva do possível” deve ser utilizado com moderação, não parecendo justificar a natureza pontual do encargo a utilização de argumentos como a eventual não realização do interesse público noutros domínios como a habitação, a educação ou a defesa (embora, e mais uma vez, se tenha que averiguar do equilíbrio da decisões em face das circunstâncias do caso concreto).

O que aqui dizemos não invalida o reconhecimento de que o crescimento das necessidades individuais e colectivas neste domínio tem vindo a superar em muito a capacidade de crescimento das disponibilidades financeiras do Estado. A crise financeira sentida a nível mundial, conjugada com o aumento da esperança de vida na maior parte dos países ocidentais, e o preço dos medicamentos e de outros dispositivos necessários para a manutenção da saúde das pessoas, tem conduzido a uma rápida e progressiva

³ Acerca da autorização excepcional da aquisição de fármacos pelos hospitais do Serviço Nacional de Saúde, veja-se o Decreto-Lei n.º 97/2015, de 1 de junho, o Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto, Regime jurídico dos medicamentos de uso humano, actualizado pela Lei n.º 51/2014, de 25 de agosto, e a Deliberação do Infarmed n.º 76/CA/2015, de 18 de junho de 2015, a tornar clara a natureza pontual e limitada de certas autorizações de venda e utilização de medicamentos.



erosão dos meios financeiros disponíveis na área da saúde, ao mesmo tempo que provoca o desequilíbrio ao nível da distribuição de recursos pelos vários sectores de intervenção do Estado. Acerca da progressão deste fenómeno nos Estados Unidos da América, e advertindo para a necessidade de repensar as prioridades ao nível dos cuidados de saúde prestados aos cidadãos (27).

Parece ter sido este o sentido da decisão tomada recentemente pelo *Infarmed*, e pelo Ministério da Saúde, relativamente ao tratamento da hepatite C, embora tenha sido acompanhada de esforços para a redução do preço do medicamento e pelo estabelecimento de prioridades de tratamento⁴. Se o excepcional a certa altura se multiplica, desdobrando-se em muitos casos excepcionais, então a resposta mais razoável, a única resposta, de acordo com a linha de raciocínio que ficou exposta atrás, parece ser a de abrir mão da justificação da autorização excepcional, porque já não consentida pelo princípio da igualdade que coloca outros com as mesmas necessidades em situação de diferença, fazendo funcionar a “reserva do possível” em face de outros direitos e interesses conflitantes.

Quando milhões de doentes recebem um cuidado do tipo “o custo não é assunto”, o resultado é a tragédia económica colectiva. A medicina heroica produz um gasto aterrador. A economia não consegue suportar uma forma de alocação de recursos com vista tão curta. Porque a medicina extraordinária é uma realidade dramática e fortemente publicitada, esquecemo-nos das pessoas e dos programas de saúde que têm que ser sacrificados para a sustentar. Por exemplo, a Califórnia eliminou 250.000 pessoas do *Medicaid* porque o programa se estava a tornar excessivamente caro. Uma razão para a eliminação do programa foi a decisão legislativa – tomada na mesma sessão – de pagar os transplantes de órgãos. Na verdade, o que fez o legislador foi cortar nos cuidados pré natais e pediátricos para custear transplantes de órgãos o que não é uma forma socialmente responsável de decidir (27)

Não nos aproximamos, por isso, da linha de pensamento que é seguida pelos tribunais brasileiros que, em face de acções movidas por cidadãos concretos contra os poderes públicos, e orientados pelos melhores sentimentos, ordenam a administração de

⁴ Por vezes, recorre-se, nestas situações, ao tratamento do doente através da sua participação em ensaios clínicos, o que podendo ter inegáveis vantagens para o doente e para o sistema de saúde, não é exactamente o mesmo que ver garantido um tratamento já comprovado e medicamento indicado.



medicamentos não incluídos na política nacional de fornecimento de fármacos, afectando em termos de equidade os direitos de outros utentes que são irremediavelmente prejudicados por falta de meios. Parte-se nestas decisões da ideia de que o direito à saúde é um direito a atendimento e medicação ilimitado, ou seja, que não funciona em relação a ele a “reserva do possível” já que ela colide com o conteúdo mínimo de realização do direito, e que determinante é a ponderação das necessidades concretas do doente, quando nos parece que a recusa da administração de um medicamento não pode ser vista como sinónimo de violação do direito à saúde. Por outro lado, estas decisões contrariam o entendimento de equidade na saúde que é defendido pela OMS, e que já referimos atrás. Segundo esta organização internacional, a igualdade na saúde não é apenas a igualdade de acesso aos recursos e meios que permitem manter a saúde, mas inclui também a necessidade de eliminar a desigualdade social e económica que é capaz de gerar desigualdades no acesso aos cuidados de saúde (por exemplo, a educação e a promoção da igualdade de género é considerada uma das mais eficazes estratégias de promoção da saúde nos países em desenvolvimento). Ora, a possibilidade de recorrer aos tribunais e de propor acções contra o Estado só é possível às pessoas com mais recursos, pelo que a decisão judicial que lhes confere o direito a um determinado medicamento sacrifica duplamente aqueles que já têm piores condições de vida e de saúde e que assim perdem a possibilidade de acesso a programas de vacinação, de educação para a saúde, de prevenção, entre outras dimensões deste direito. Além de que, nos parece erróneo e violador do princípio da separação de poderes, a possibilidade de impor ao Estado uma decisão tomada pelos tribunais no uso de poderes “administrativos” que evidentemente não lhes pertencem.

A valoração das decisões de racionamento de recursos no domínio da saúde, terá que ser feita tendo sempre presente as circunstâncias concretas que as justificam, uma vez que haverá situações em que existem alternativas aos medicamentos e aos tratamentos mais caros e mais recentes, que há casos em que a vida da pessoa se encontra directamente mais ameaçada do que outros, e em que a indicação médica para o tratamento é maior ou menor. Noutro plano, ter-se-á que averiguar da sua compatibilidade com o princípio da dignidade humana, da proximidade da realização do direito social em causa ao cerne dos direitos individuais da pessoa, do cumprimento do princípio da igualdade e do art. 13º da CRP (ter-se-á que averiguar se para necessidades iguais se



está a assegurar o mesmo tratamento), e da observância do princípio da proporção ou da proibição do excesso que, em qualquer Estado de direito, vincula a actuação dos poderes públicos.

Ao nível da saúde, e das decisões de racionamento de recursos, adquire uma importância fundamental o cumprimento de um princípio de igualdade que foi considerado pelo TCA, no seu Acórdão de 9 Maio de 2002, um limite interno à prática de actos discricionários, ao estabelecer *que “o princípio da igualdade constitui um dos limites internos dos atos praticados no exercício de poderes discricionários. Daí que a sua invocação só assuma relevo quando a Administração atua com liberdade para escolher o comportamento a adotar e não opera no exercício de poderes vinculados, na base de critérios de estrita legalidade”*.

Terá que existir, em suma, uma relação adequada entre meios e fins, não podendo os decisores tomar medidas excessivas e desequilibradas tendo em conta que de um lado da balança se encontram finalidades de ordem orçamental e económica, a racionalização dos meios e do funcionamento dos organismos e das estruturas e a um nível mais amplo a satisfação de interesses menos próximos de bens essenciais, e do outro lado, direitos de natureza pessoal fundamental. Como se pode ler no Acórdão do Tribunal Constitucional nº 187/2001, em desenvolvimento do Acórdão nº 634/93: “O princípio da proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios: princípio da adequação (as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como um meio para a prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); princípio da exigibilidade (essas medidas restritivas têm que ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato), princípio da justa medida ou proporcionalidade em sentido estrito (não poderão adoptar-se medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos). No mesmo Acórdão refere-se a ordem pela qual estes princípios deverão ser avaliados pelo julgador quando colocado face a uma medida restritiva de direitos. Esta ordem ou sequência deverá iniciar-se com a utilização do critério mais amplo ou abstracto que é o da adequação, ou seja, o juízo acerca da idoneidade ou aptidão do meio para a realização do objectivo em vista, seguindo-se depois logicamente a avaliação da exigibilidade da restrição. A restrição só será legítima se constituir, no caso concreto, o meio mais benigno de realização do interesse público, se for o meio menos restritivo e



menos oneroso, ou seja, se não existirem alternativas que deixem maior espaço de realização dos direitos dos particulares. Finalmente, será de avaliar o cumprimento do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, se o peso específico de ganho para o interesse público se encontra numa relação equilibrada e proporcional face à carga coactiva ou à medida de sacrifício a que é sujeito o interesse do particular.

Em primeiro lugar, ter-se-á que determinar se se trata, ou não, de uma medida restritiva do direito à saúde, tendo em conta as advertências que já fizemos acerca de decisões que procuram camuflar a sua natureza condicionadora atrás de justificações médicas ou organizatórias, invocando muitas vezes como fundamento decisório a realização do próprio direito à saúde, ou o interesse de grupos de utentes. Uma vez identificada a natureza restritiva da medida, ter-se-á que avaliar se a recusa do tratamento ou do meio medicamentoso em questão, a suspensão de serviços, ou o condicionamento do acesso a determinadas regalias, é adequada a obter o benefício para o interesse público que é invocado como fundamento da recusa (juízo de adequação), se é possível obter o mesmo ganho orçamental ou funcional, através da implementação de outras medidas que não a que é proposta (juízo de necessidade) e, finalmente, se existe proporcionalidade em sentido estrito, isto é, se esse benefício que se pretende realizar a nível geral, ou sectorial, justifica efectivamente a restrição. O que permite, ao que pensamos, tendo em conta que se trata de um juízo global, ponderar a importância de que se reveste o serviço a prestar ao nível da saúde, em face de outros serviços, ou sectores, do Estado, que se pretendem beneficiar, os incómodos e as perturbações decorrentes para a população da supressão, ou do funcionamento noutros moldes de um determinado apoio ou cuidado, assim como afastar a legitimidade de cortes que sirvam apenas para garantir poupanças irrisórias ou insignificantes ao erário público.

Parece-nos interessante, a esta luz, a posição do Tribunal Constitucional da África do Sul que resolveu substituir todos estes parâmetros em que se desdobra o juízo acerca da legitimidade da restrição de direitos sociais, por um único critério de razoabilidade, com base na exigência constitucionalmente fundada de que as medidas adoptadas para a realização progressiva dos direitos sociais devem ser razoáveis. Este critério de razoabilidade foi utilizado pelo mesmo Tribunal em relação à definição de conteúdo e à implementação da política pública de habitação no caso *Grootboom*, e impõe que as medidas sócio económicas a adoptar sejam equilibradas, coerentes, flexíveis, inclusivas,



não discriminatórias e tenham em conta as necessidades urgentes dos sectores mais vulneráveis da sociedade. Num outro caso, *Tac*, o Tribunal Constitucional considerou que a restrição da administração de uma determinada droga usada para o tratamento do HIV- 1 e Sida, e considerada medicamento essencial pela OMS, a *Nevirapine*, aos centros de investigação e ensino (mesmo quando a capacidade para administrar, sendo medicamente indicada, existia em muitos outros sítios), era desrazoável e, por conseguinte, inconstitucional. De acordo com Pieterse M, que se mostra particularmente crítico da dificuldade demonstrada pelos tribunais em apreciar, sob o ponto de vista jurídico e constitucional, os fundamentos da decisão política, alegando que se trata de uma forma de decisão insindicável, e irracional, o uso deste critério da razoabilidade mostra-se particularmente adequado a ajuizar do acerto de decisões orçamentais e financeiras neste domínio, porque não obriga o juiz a imiscuir-se em domínios que não controla. Pieterse M (5) transcreve criticamente parte de uma sentença proferida em sede de recurso pelo *British Court of Appeal*, no caso *R. v. Cambridge Health Authority, ex parte B*, que reflecte, quanto a ele, esta forma de pensar dos tribunais:

Não há dúvidas de que, num mundo perfeito, qualquer tratamento que fosse procurado por um doente, ou pela família de um doente, e indicado pelos médicos, seria garantido, independentemente do seu custo, especialmente estando em causa a vida de uma pessoa. Estar-se-ia, todavia, a fechar os olhos à realidade, se fosse permitido ao tribunal actuar como se se vivesse nesse mundo. É do conhecimento comum que as autoridades de saúde, quaisquer que sejam, estão permanentemente a tentar equilibrar os seus orçamentos: não podem pagar ao pessoal de enfermagem tanto quanto desejariam; não podem comprar todo o tipo de equipamento médico caro que pretendem; não podem desenvolver toda a investigação que gostariam; não podem construir todos os hospitais e unidades especializadas de saúde que lhes apetece. Têm que ser tomadas decisões difíceis e angustiantes acerca da melhor forma de distribuir um orçamento limitado para retirar dele a maior vantagem possível para o maior número de doentes. Esse juízo não pode caber a um tribunal”. A partir do reconhecimento de que os hospitais e a administração da saúde têm que tomar decisões angustiantes e difíceis, e que tem que lhes ser reconhecida a liberdade de resolver estes conflitos, o tribunal entendeu que se trata de decisões não valoráveis judicialmente e, por conseguinte, não sindicáveis.

No entanto, um critério genérico de razoabilidade não pode substituir o funcionamento dos critérios constitucionais, até porque não permite ter presente a especificidade do direito à saúde enquanto direito social. Utilizar um critério desta natureza, equivaleria a permitir aos tribunais julgar de acordo com princípios genéricos de equidade,



legitimá-los a valorar “politicamente” decisões políticas, substituindo o seu juízo de oportunidade ao juízo dos órgãos da administração, com evidente violação do princípio da separação de poderes, quando, o que se pretende é a julgamento dessas decisões segundo princípios de natureza jurídica. Nesse sentido, acompanhamos plenamente a posição sustentada entre nós pelo Supremo Tribunal Administrativo que, a propósito do encerramento de várias salas de parto no país pelo Governo, afirmou que a valoração das decisões administrativas apenas pode ser feita com base em normas e princípios jurídicos, embora nos fiquem algumas dúvidas acerca da qualificação desta decisão de encerramento como decisão tomada ao abrigo de uma reserva política ou de discricionariedade da administração, na medida em que a área da saúde é pouco compatível com a não sindicabilidade quase integral das decisões (a não ser onde se trate de decisões de menor importância, não susceptíveis de atingir o direito social em causa, e os direitos individuais a ele associados).

Efectivamente, os nossos tribunais têm entendido, de forma ainda mais restritiva, que estando em causa o uso de poderes discricionários pela Administração, a sua intervenção fica condicionada à apreciação de aspectos vinculados, como a competência, a forma, os pressupostos de facto e a adequação do processo, ou seja, ao apuramento de situações erro de facto, erro manifesto de apreciação, desvio de poder e incompetência.

Embora o Tribunal, no mesmo Acórdão, tenha admitido que quer as decisões políticas, quer as decisões tomadas segundo regras técnicas ou juízos de adequação pela Administração, têm que estar de acordo com princípios jurídicos fundamentais (que são essencialmente aqueles que referimos como sendo os que, na nossa opinião, permitem ajuizar da conformidade normativa entre estas decisões e o ordenamento jurídico nesta matéria), também considerou ser de restringir o conhecimento do tribunal acerca da violação desses princípios às hipóteses e situações em que ela resulta de forma crassa e evidente das circunstâncias do caso. Relativamente à decisão do Ministro da Saúde em apreço, o Tribunal entendeu que não podia avaliar sob o ponto de vista jurídico o argumento segundo o qual o encerramento das unidades em causa era adequado à redução da mortalidade infantil, ou o de que é conveniente assegurar um ritmo de trabalho não inferior a 1500 partos anuais, para garantir a actualização e o adestramento adequados do pessoal, alegando que não estava em causa uma violação segura e



positiva, vale dizer, crassa, ou evidente, dos princípios jurídicos da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé, enunciados no nº 2, do art. 266º da CRP. Embora, como deixamos dito, entendamos que não se trata aqui de actos políticos, mas de actos administrativos, aceitando todavia que se pode tratar de actos praticados ao abrigo da já referida margem de escolha política da Administração, e cuja legitimidade apenas pode ser averiguada através da sua compatibilidade a princípios jurídicos fundamentais, consideramos que essa violação não tem que se revelar crassa ou evidente para justificar a intervenção do tribunal (ressalvando a eventual dificuldade do decisor judicial em reunir todos os elementos que lhe permitam proceder a essa valoração). Um tal reconhecimento equivale a conceder aos órgãos administrativos e decisores uma margem de manobra só susceptível de ceder perante a óbvia constatação da desadequação do meio, da sua desproporcionalidade, desigualdade, ou da violação do núcleo essencial dos direitos. Não nos parece sequer que esta posição ande longe da que é sustentada por Medeiros R (13), onde manifesta a sua concordância com a posição defendida por Reis Novais, no sentido da aceitação de um controlo alargado de constitucionalidade

... de todos os comportamentos públicos susceptíveis de lesar as possibilidades de prosseguimento dos fins pessoais garantidas por um direito fundamental, sujeitando-os a parâmetros de constitucionalidade comuns, evitando que, em última análise, a Constituição do Estado de Direito e os equilíbrios nela delineados acabam por sair penalizados" (...) "adapta-se um conceito amplo de restrição aos direitos fundamentais, entendida como acção ou omissão estatal que, eliminando, reduzindo, comprimindo ou dificultando as possibilidades de acesso ao bem jusfundamentalmente protegido e a sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental ou enfraquecendo os deveres e obrigações que dele resultam para o Estado, afecta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental (32)

O que sucederia, por exemplo, onde, perante um caso desta natureza, o Governo, ou a Administração, resolvesse deixar apenas em funcionamento uma maternidade no Porto, e outra em Lisboa. Convém, todavia, lembrar que, mesmo onde constate a violação de princípios jurídicos fundamentais por parte do decisor administrativo, o tribunal apenas procede a essa constatação, vale dizer, a um controlo de índole negativa, não se podendo substituir às valorações e escolhas feitas pela Administração, pelo que não se coloca o



problema que aflige o ordenamento jurídico brasileiro e o seu sector da saúde, e que se relaciona com a imposição de formas de actuação aos órgãos administrativos.

Regressando ao princípio regulativo da razoabilidade, e muito embora, como dissemos, não possa ser elevado à categoria de princípio jurídico capaz de garantir o controlo adequado das decisões concretas da Administração, ele pode apesar de tudo permitir, como expressão de um juízo global, concluir do acerto da valoração feita acerca do equilíbrio e proporcionalidade de uma determinada decisão orçamental ou política à luz das valorações do ordenamento constitucional e dos seus princípios fundamentais (princípio da dignidade humana, da igualdade e da liberdade das pessoas), tendo em conta a posição que ocupa o direito à saúde no contexto da tutela dos direitos fundamentais, quer enquanto direito social, quer enquanto direito que substancialmente diz respeito a direitos que não estão sujeito ao limite da “reserva do possível”, e os pressupostos a que está sujeita a restrição legal dos direitos, liberdades e garantias de acordo com o nº 2, do art. 18º, da CRP.

Deixamos para o fim o tratamento do problema do direito à saúde em relação a doentes terminais e sem esperança de cura. Não nos parece que se deva alterar uma linha do nosso discurso em relação a estes casos, sendo de manter o que ficou dito em relação ao uso de critérios de necessidade e de utilidade terapêutica. O mesmo critério da necessidade e utilidade terapêuticas deve ser utilizado em relação aos doentes terminais, e aos doentes sem esperança de cura. Nestes casos, o medicamento ou o procedimento já não é muitas vezes medicamente indicado, não se deixando já associar a sua administração ou execução a qualquer benefício ou vantagem que supere inclusivamente os riscos e os incómodos da sua administração, pelo que se trata da administração de um tratamento fútil, não sendo sequer necessário discutir critérios de alocação de recursos. Diferente desta hipótese, é aquela em que o tratamento ainda é útil, ou do doente terminal que carece de cuidados paliativos de certo tipo que podem ser muito dispendiosos, caso em que devem ser utilizados os mesmos critérios que valem para os outros doentes em geral, devendo a valoração da situação estar sujeita ao funcionamento do princípio da igualdade de tratamento. Contrariaria princípios básicos de dignidade e de humanidade, a introdução de critérios utilitaristas ou estritamente económicos no discurso de racionamento ou distribuição de meios em relação a estes doentes.



Considerações Finais

As decisões de gestão de recursos que afectam direitos relacionados com a saúde não são decisões aleatórias, nem correspondem a uma distribuição episódica e trágica de injustiças. Devem ser consideradas decisões de natureza administrativa, condicionadas ao cumprimento da Constituição e da lei, e dos princípios constitucionais que orientam a restrição de direitos fundamentais. Uma vez que a nossa lei consagra o direito à saúde através da Lei de Bases e outras normas, que estendem para o plano do direito ordinário a tutela dos direitos e princípios constitucionais (veja-se o que se disse atrás, acerca da tutela infra constitucional dos direitos), a violação do conteúdo deste direito através de decisões de corte e suspensão de serviços e de medicamentos, quando não estiver de acordo com os princípios e as ponderações referidas, deve ser apreciada pelos tribunais, sobretudo nos casos em que está em causa o direito à vida e a tratamentos de emergência (ou seja, onde se tocam mais de perto direitos essenciais relacionados com a protecção da saúde). A discussão sobre se está em causa uma actividade vinculada da Administração, ou uma decisão de natureza discricionária, não interessa verdadeiramente, na estrita medida em que está em discussão o desrespeito dos princípios jurídicos fundamentais que regem a sua actividade. Os tribunais terão mesmo um papel muito importante a desempenhar neste domínio, cabendo-lhes desenvolver interpretativamente estes princípios, dado que as decisões que estão em causa, pela importância que assumem, e pelos direitos que podem afectar, não podem ser consideradas juridicamente insindicaçãois, abandonadas em campo aberto à discricionariedade médica e orçamental das instituições e dos serviços.

Referências

1 Base V, nº 1, da Lei de Bases da Saúde, Lei nº 48/90, de 24 de Agosto (actualizada pela Lei nº 27/2002, de 11 de Novembro), que estabelece o seguinte: "Os cidadãos são os primeiros responsáveis pela sua própria saúde, individual e colectiva, tendo o dever de a defender e promover"

2 Furtado C, Pereira J. Equidade e acesso aos cuidados de saúde. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa; 2010. p. 4

3 Lei nº 21/2014, de 16 de Abril, Lei da investigação clínica



- 4 Vieira de Andrade, JC. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 4 ed. Coimbra: Almedina; 2009. p. 384 e ss.
- 5 Pieterse M. Health Care Rights, Resources and Rationing. African Law Journal; 2007. p. 530
- 6 Sérvulo Correia. Direito do Contencioso Administrativo, Volume I. Lisboa: Lex, 2005. p. 777
- 7 Fontes J, Fonseca G, Claro J. Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Legislação Complementar, 5 ed. Coimbra: Almedina; 2011
- 8 Constituição da República Portuguesa, 2 ed. Coimbra: Almedina; 2015
- 9 Miranda J e Medeiros R. Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, anotação ao art. 64º, 2ª ed. Coimbra: Wolters Kluwers/Coimbra Editora; 2010. p..1305 e ss.
- 10 Miranda J. Ética Médica e Constituição. Revista Jurídica. Lisboa: Nova Série 16 – 17; 1992
- 11 Brito Vieira M, Carreira da Silva F, O momento constituinte - os direitos sociais na Constituição, Coimbra: Almedina; 2010
- 12 Gomes Canotilho, Vital Moreira. Constituição da República Portuguesa Anotada, 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora; 1993.
- 13 Medeiros R. A Constituição Portuguesa num Contexto Global. Lisboa: Universidade Católica Editora; 2015. p. 107
- 14 Lei de Bases da Saúde. Lei nº 48/90, de 24 de Agosto, actualizada pela Lei nº 27/2002, de 8 Novembro
- 15 Lei nº 56/79, de 15 de Setembro, Serviço nacional de saúde
- 16 Lei nº 11/93, de 15 de Janeiro, Estatuto nacional de saúde (veja-se, na versão mais recente, a Lei nº 82-B/2014, de 31 de Dezembro)
- 17 Lei nº 15/2014, de 21 de Março, Direitos e deveres do utente dos serviços de saúde
- 18 Lei nº 14/2000, de 8 de Agosto, Medidas para a racionalização da política do medicamento no âmbito do Serviço Nacional de Saúde
- 19 Arnaut A; Mendes M; Guerra M; Serviço Nacional de Saúde: uma aposta no futuro. Coimbra: Atântida Editora. 1979



20 Portugal. Lei de Bases da Saúde, Lei nº 48/90, de 24 de Agosto: "A promoção da saúde e a prevenção da doença fazem parte das prioridades no planeamento das actividades do Estado".

21 OMS. Conferência Internacional de Saúde, Nova Iorque, 19-22 de junho. 1946. Assinada a 22 de julho de 1946 pelos representantes de 61 Estados (registos oficiais da OMS, nº 2, p. 100) tendo entrado em vigor a 7 de abril de 1948.

22 Reis Novais J. Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora; 2010. p. 161

23 Portugal. Código Penal Português. Coimbra: Coimbra Editora; 2015.

24 Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro. Lei da Responsabilidade civil extracontratual do Estado e pessoas colectivas de direito público

25 Lamm R. Misallocating Health Care and Societal Resources. Notre Dame, Journal of Law, Ethics & Public Policy. 1987. p. 241.

Recebido em: 5/8/2016
Aprovado em: 12/12/2016

Como citar este artigo:

Faria MPLR. Acesso à inovação – investigação, ética, médica, direitos dos doentes e recursos financeiros. *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. 2016 dez., 5 supl. 1:100-128.



Requisição de prontuário ou ficha clínica no Brasil (Justiça, Ministério Público e Polícia) x Sigilo Médico

Request for medical records or medical records in Brazil (Justice, Public Prosecution and Police) x Medical Confidentiality

Solicitar registros médicos o registros médicos en Brasil (Justicia, fiscales y policías) x secreto médico

Roberta Fernandes Remédio Marques¹

RESUMO: A requisição de prontuários médicos para a instrução de inquéritos policiais, procedimentos administrativos e processos judiciais é uma realidade no Brasil e desperta inúmeras dúvidas. Este artigo visa, à luz da legislação e da jurisprudência brasileira, trazer alguns esclarecimentos sobre o tema, sem a pretensão de exauri-lo.

Palavras-chave: Segredo médico. Intimidade do paciente. Prontuário médico,

ABSTRACT: The request medical records for the instruction of criminal investigations, administrative and judicial proceedings is a reality in Brazil and arouses many questions. This article aims, in the light of the legislation and case law, bring some clarification on the subject, with no claim to exhaust it.

Keywords: Medical confidentiality. Patient privacy. Medical records.

RESUMEN: La solicitud de registros médicos para la instrucción de las investigaciones policiales, los procedimientos administrativos y judiciales es una realidad en Brasil y suscita muchas preguntas. Este artículo tiene como objetivo, a la luz de la legislación y la jurisprudencia brasileña, trae algunas aclaraciones sobre el tema, sin pretensión de agotarlo.

Palabras-llave: Segredo Médico. Intimidad del paciente. Registro médico.

Introdução

É habitual no Brasil a requisição de prontuário(s) médico(s) pela Justiça (federal, trabalhista, estadual), pelo Ministério Público (federal e estadual) e por Delegacias de Polícia (federal e estadual) aos dirigentes de clínicas e hospitais, que ficam reticentes quanto a melhor conduta a ser adotada, uma vez que a deontologia médica prevê o dever de manter o sigilo médico e nas requisições, constantemente, existe uma ordem (sob as

¹ Advogada e professora do ISCAC. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Especialista em Direito da Farmácia e do Medicamento pela Universidade de Coimbra – FDUC, Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa – FDUL e Doutora em Ciências Jurídicas Privativas pela Universidade do Minho – UMinho.Email: rfernandes@iscac.pt



penas da lei, inclusive, de prisão) para que seja remetido o prontuário à autoridade que o requisiu.

Assim, o dirigente vê-se “entre a cruz e a espada”: se atender à determinação do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Polícia, poderá violar o sigilo médico e infringir as normas de conduta ética; e se não atender, poderá vir a ser “preso”. Neste diapasão, mister se faz esclarecer os direitos e deveres em causa, para, ao final, trazer ponderações da conduta a ser seguida. Além destas hipóteses de requisição judicial, analisar-se-á, também, as situações de solicitação de fotocópia do prontuário pelo paciente, por parente do paciente, de menor de idade e por terceiro interessado.

Relativamente à requisição de prontuário médico, mister se faz uma breve explanação sobre o direito à intimidade do paciente, enquanto direito especial de personalidade, o dever de sigilo do médico e as suas exceções.

Com o presente estudo, pretende-se clarificar as dúvidas relativas às solicitações de fotocópias de prontuários, com o intuito de trazer mais clareza ao assunto, que tanto desperta dúvidas quando do recebimento das requisições.

O direito à intimidade do paciente enquanto direito especial de personalidade

A Constituição brasileira dispõe em seu art. 5.º, inciso X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Já o Código Civil Brasileiro estabelece em seu art. 21 a proteção da vida privada, ao prever que a “vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Sem adentrar no mérito das discussões doutrinárias a respeito do conceito de vida privada² e, na falta de uma definição legal (1), (2), podemos afirmar que é o direito que

² Isto porque, embora a normatização faça menção à vida privada e intimidade como se fossem institutos distintos, e a doutrina, por vezes, os diferenciar, na prática, levando em conta unicamente a sua relevância jurídica, não representam maiores diferenças, uma vez que o grau de infração aos aspectos individuais violados será valorado pelo subjetivismo do titular do suposto direito lesado e do órgão que irá julgar a lesão àquele direito personalíssimo.



toda pessoa tem a que permaneçam desconhecidos determinados aspetos da sua vida, assim como a controlar o conhecimento que terceiros tenham dela³.

Sendo assim, no âmbito desta análise, utilizaremos a expressão direito à intimidade em sentido *lato* para designar todos os meios que o sistema constitucional (e cível) disponibiliza para a defesa e proteção judicial dos direitos fundamentais relacionados ao que hoje se denomina autodeterminação informativa dos dados relativos à intimidade da vida privada, e que, por segredo, estas mesmas informações quando repassadas ao confidente geram o dever de confidencialidade, independentemente da origem ser legal ou de mera confiança entre as partes.

Relativamente ao segredo profissional médico, especificamente no tocante a saúde do paciente, entendemos que faz parte da zona mais íntima de cada pessoa e, por isso mesmo, havendo a sua violação, haverá indubitavelmente uma agressão à intimidade do paciente, mesmo que a tomada de conhecimento seja claramente lícita.

O sigilo médico

O sigilo profissional é o segredo profissional como sendo “a reserva que todo indivíduo deve guardar dos factos conhecidos no desempenho das suas funções ou como consequência do seu exercício, factos que lhe incumbe ocultar, quer porque o segredo lhe é pedido, quer porque ele é inerente à própria natureza do serviço ou à sua profissão” (3). Em algumas situações, a essência de determinadas profissões e a prevalência de impunidade para tais indiscrições, abalaria a reserva da intimidade das pessoas que a elas se submetessem, bem como o próprio interesse público, pois é de máxima valia para a sociedade que as pessoas e o próprio Estado tenham ao seu dispor profissionais responsáveis que velem pelas informações acessíveis em decorrência do ofício.

Constata-se, portanto, que o dever de guardar sigilo, de manter reserva e de não divulgar dados confidenciais abrange todas as modalidades de segredo profissional, pois nessas situações, de maneira geral, três bens jurídicos sempre se fazem presentes: primeiro, a ética profissional; segundo, o livre exercício da profissão que, sem a garantia de uma tutela específica de confidencialidade, restaria prejudicado e em alguns casos

³ Este direito se analisa em dois direitos menores: a) – o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar; b) – o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem.



inviabilizado; terceiro, o direito à autodeterminação informativa e à intimidade das pessoas que utilizassem tais serviços profissionais (4).

A fundamentação do resguardo do segredo médico tem razão de ser no respeito à intimidade do paciente, preservando, deste modo, um direito natural de personalidade, recepcionado pela Constituição e Código Civil Brasileiro.

Faz-se ainda necessário acrescentar que o sigilo médico deve ser entendido *latu sensu*, uma vez que abrange toda a equipe de profissionais que compartilhem e tenham acesso às informações relativas ao paciente.

A circulação de informação deverá obedecer a um princípio de confidência necessária em que serão determinantes para definir o âmbito do segredo, o interesse do doente, a natureza da informação e os reflexos que a sua divulgação traz para a sua privacidade.

Regulação jurídica do sigilo médico

O sigilo médico, enquanto dever indissociável ao direito à intimidade do paciente, é regulado através de diversas esferas jurídicas, cujos dispositivos dispõem de mecanismos para punir a injustificada divulgação das informações confidenciais reveladas ao médico.

São considerados como informação confidencial os fatos revelados diretamente pelo doente, por outrem a seu pedido ou terceiro com quem tenha contatado durante a prestação de cuidados; os fatos de que o médico se apercebeu, provenientes ou não da observação clínica do doente ou de terceiros; bem como os fatos comunicados por outro médico obrigado quanto aos mesmos a segredo profissional. (5)

No plano ético, o Código de Ética Médica do Brasil (Resolução CFM n.º 1.931/2009)⁴ estabelece no art. 73, do capítulo IX, que é vedado ao médico “revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente. Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha. Nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento; c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal”.

⁴ No Brasil, o Código de Ética Médica foi definido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal como norma jurídica de caráter especial, submetida a regime jurídico semelhante ao das normas e aos normativos federais, sendo possível o controle da sua constitucionalidade através de ação direta (RTJ 93/506).



A matéria também foi destacada quando da edição da Resolução CFM n.º 1.605/2000, que dispõe sobre a necessidade de preservação do sigilo médico, mesmo diante de requisição judicial: “Art. 1º - O médico não pode, sem consentimento do paciente, revelar o conteúdo do prontuário ou ficha médica. Art. 3º - Na investigação da hipótese de cometimento de crime o médico está impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo criminal. Art. 4º - Se na instrução de processo criminal for requisitada, por autoridade judiciária competente, a apresentação do conteúdo do prontuário ou da ficha médica, o médico disponibilizará os documentos ao perito nomeado pelo juiz, para que neles seja realizada perícia restrita aos fatos em questionamento. Art. 5º - Se houver autorização expressa do paciente, tanto na solicitação como em documento diverso, o médico poderá encaminhar a ficha ou prontuário médico diretamente à autoridade requisitante”.

Já o Código Processual Civil Brasileiro estabelece em seu art. 363, inciso IV, que à parte e o terceiro podem se escusar de exhibir, em juízo, o documento ou a coisa, “se a exibição acarretar a divulgação de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo”.

No tocante à legislação criminal, o Código Penal Brasileiro dispõe no art. 154 que é crime revelar, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem.

Estes são os principais dispositivos relativos ao segredo médico, embora existam outras, como na esfera administrativa, que o contemple de forma a zelar pelo seu resguardo.

O prontuário médico

O prontuário médico é o documento onde é armazenada toda a informação de utilidade médica relativa ao estado de saúde, enfermidade e cuidados prestados ao paciente, tornando-se um meio de comunicação muito valioso para a transmissão e posterior utilização das informações constantes no plano de assistência ao enfermo, sendo esta a sua finalidade precípua, cuja obrigatoriedade de elaboração é regulada pelo art. 87 do Código de Ética Médica Brasileiro.

A ficha clínica ou prontuário pertence ao paciente, cuja responsabilidade e guarda é conferida ao médico e/ou hospital, conforme se denota da leitura do art. 88 do Código



Deontológico Brasileiro, tendo este “acesso a seu prontuário”, podendo solicitar fotocópia do mesmo⁵

Exceções ao dever de sigilo médico e acesso aos bancos de dados automatizados e manuais (prontuários médicos)

Na relação médico-paciente, o segredo absoluto sistemático foi substituído pelo segredo médico relativo, onde a sociedade é levada a excepcionar este dever profissional do médico naqueles casos em que haja um conflito entre o interesse privado e o geral, devendo sempre ser levado em conta este último na busca do bem comum.

Uma vez estabelecido o caráter relativo do segredo médico, surge a dificuldade de determinar em que condição se pode considerar excetuada esta obrigação, pois o problema não reside no reconhecimento de uma obrigação genérica de confidencialidade, mas em determinar quais as circunstâncias que justificam a rutura deste dever.

No entanto, a exoneração do dever de segredo somente ocorre nas hipóteses de autorização expressa do interessado ou, excecionalmente, em situações de conflito de bens jurídicos concorrentes que são solucionadas por meio da ponderação legal ou judicial do conflito.

O consentimento informado

O Código Civil Brasileiro, em seu art. 11 estabelece que “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos de personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Como direito especial de personalidade, e dadas as suas características, o direito à intimidade é disponível, admitindo válidas limitações voluntárias, porque na tutela da

⁵ Neste sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “Processual civil. Recurso especial. Hospital. Acesso a documentos médicos requerido pelo próprio paciente. Negativa injustificada pela via administrativa. Ensejo de propositura de ação de exibição de documentos. Ônus de sucumbência. Princípio da causalidade. - De acordo com o Código de Ética Médica, os médicos e hospitais estão obrigados a exibir documentos médicos relativos ao próprio paciente que requeira a exibição. - A negativa injustificada à exibição de documentos médicos pela via administrativa, que obrigou o paciente à propositura de ação à sua exibição pela via judicial, tem o condão de responsabilizar o hospital pelo pagamento dos ônus de sucumbência, em atenção ao princípio da causalidade, nos termos dos precedentes firmados no STJ. Recurso especial conhecido e provido”. (STJ, REsp 540048 / RS, Recurso Especial 2003/0061038-6, Min. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ 12/04/2004 p. 207 RDDP vol. 15 p. 125)



intimidade não estamos perante um daqueles interesses gerais cuja forma e graus de satisfação estejam rigidamente pré-estabelecidos.

É verdade que a lesão de qualquer direito sem o consentimento do titular provoca a ilicitude do ato lesivo. Contudo, o consentimento, quando validamente prestado, faz com que a violação passe a ser lícita, dado que limita a invocação do direito em causa.

Para ser válido, o consentimento além de legal, deve ser consciente, isto é, resultante de uma vontade esclarecida, devidamente ponderada e concreta, tendo efetivamente em vista situações determinadas; além disso, por via de regra, deverá ser prestado de maneira expressa e não pode ser deduzido de um comportamento anteriormente observado (o consentimento tácito só poderá ser aceito em casos excepcionais) (6).

Por outro lado, impõe-se que se preste especial atenção à verificação da integridade do consentimento, uma vez que, sobretudo em situações de necessidade, dependência ou simplesmente inferioridade de poder económico do titular do direito, as pessoas podem ser levadas a limitar a reserva sobre sua vida íntima por temerem as consequências de uma eventual recusa, como se observa nos contratos de adesão, bastante comuns quando da contratação de um seguro saúde, por exemplo.

A declaração limitativa voluntária também pode, obviamente, ser anulada ou objeto de uma declaração de nulidade, quer com fundamento nas regras sobre incapacidade ou falta ou vício de vontade (art. 138 e ss. do Código Civil Brasileiro).

No tocante à relação médico/paciente, quanto se tratar de paciente plenamente capaz, que possa exprimir a sua vontade, só a este poderão ser fornecidos os dados constantes do prontuário médico ou a pessoa devidamente autorizada⁶

Quando se tratar de incapazes, estes terão de ser representados de acordo com as regras gerais para suprimimento de incapacidade estipuladas no Código Civil, embora o mesmo não possa valer nos mesmos moldes para a limitação voluntária de direitos de personalidade de menores.

⁶ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem admitido a exibição judicial desde que atendido o princípio da proporcionalidade, conforme se observa da ementa ora transcrita: "Administrativa. Mandado de segurança. "Quebra de sigilo profissional". Exibição judicial de "ficha clínica" A pedido da própria paciente Possibilidade, uma vez que o "art. 102 do Código de Ética Médica", em sua parte final, ressalva a autorização. O sigilo é mais para proteger o paciente do que o próprio médico. Recurso ordinário não conhecido". (STJ, ROMS 5821 / SP, Min. Adhemar Maciel, julgamento: 15/08/1996, Órgão Julgador: T6 - Sexta Turma, DJ data-07/10/1996, p. 37687).



Isto porque, tendo em vista tratar-se de direitos que tutelam bens pessoais, deverá exigir-se também o consentimento do menor para a sua limitação⁷, se ele já tiver maturidade suficiente.

No entanto, quando o incapaz não tenha maturidade para avaliar as consequências do consentimento, este não será exigível. Nestes casos, os limites dentro dos quais a restrição aos direitos de personalidade é válida deverão ser mais rígidos, para evitar a exploração, pelos representantes legais, das informações sobre a vida privada do incapaz.

Relativamente à questão da saúde e divulgação de seus dados, tais considerações teóricas a respeito da capacidade dos menores e incapazes, revestem-se de essencial importância, uma vez que, em sendo os dados relacionados à saúde direitos personalíssimos que fazem parte da esfera mais reservada do ser humano, a divulgação dos dados constantes dos prontuários médicos e bancos de dados em se tratando de menores deve ser ainda mais restrita.

O Código de Ética Médica dispõe em seu art. 74 que é vedado ao médico “revelar sigilo profissional relacionado a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou representantes legais, desde que o menor tenha capacidade de discernimento, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente”.⁸

⁷ Entende que “(...) os incapazes terão de ser representados de acordo com os princípios gerais do suprimimento de incapacidades de exercício. Contudo, e uma vez que se trata de direitos que tutelam bens pessoais, deverá exigir-se também o consentimento do menor para a sua limitação, se ele já tiver maturidade suficiente. O mesmo autor complementa dizendo que (...) se deve distinguir consoante o incapaz – menor ou interdito – disponha ou não, no momento em que presta o consentimento, do discernimento necessário (de capacidade natural) para avaliar o sentido e alcance das consequências para o seu direito de personalidade, em resultado da limitação voluntária”.

⁸ A este respeito, o Supremo Tribunal Federal Brasileiro se pronunciou da seguinte forma: “Constitucional. Processual civil. Legitimidade ativa do Ministério Público para ajuizar ação de investigação de paternidade. Filiação. Direito indisponível. Inexistência de Defensoria Pública no Estado de São Paulo. 1. A Constituição Federal adota a família como base da sociedade a ela conferindo proteção do Estado. Assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar pressupõe reconhecer seu legítimo direito de saber a verdade sobre sua paternidade, decorrência lógica do direito à filiação (CF, artigos 226, §§ 3o, 4o, 5o e 7o; 227, § 6o). 2. A Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições prescritas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, artigos 127 e 129). 3. O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é direito indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 27). 4. A Lei 8560/92 expressamente assegurou ao Parquet, desde que provocado pelo interessado e diante de evidências positivas, a possibilidade de intentar a ação de investigação de paternidade, legitimação essa decorrente da proteção constitucional conferida à família e à criança, bem como da indisponibilidade legalmente atribuída ao reconhecimento do estado de filiação. Dele decorrem direitos da personalidade e de caráter patrimonial que determinam e justificam a



Com relação ao paciente falecido, e considerando que a personalidade do indivíduo cessa com a morte (4)⁹, poder-se-ia indagar se, nessa ocasião, a informação sobre a sua saúde poderia vir a ser divulgada, ficando à margem de proteção legal, uma vez que, a princípio, nada mais haveria a proteger ao nível de personalidade.

O art. 12 do Código Civil Brasileiro, em seu parágrafo único estipula a proteção da personalidade estende-se mesmo para além da morte das pessoas, ao dispor que “em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau”.

Isto porque, a tutela de determinados bens essenciais de uma pessoa pode interessar a outras pessoas que em relação àquela estejam em particular posição. Especificamente sobre a saúde do titular do direito personalíssimo, temos que, de forma geral, é um valor do qual também compartilham os seus filhos e parece assim razoável que, falecido aquele, estes tenham legitimidade para defender um bem que também é deles.

A legitimidade que a certas pessoas é reconhecida pela lei substantiva, não respeita à tutela de bens enquanto objeto dos direitos de personalidade do titular já falecido e sim, à tutela desses bens enquanto eles interessam a tais pessoas que assim agem não como

necessária atuação do Ministério Público para assegurar a sua efetividade, sempre em defesa da criança, na hipótese de não reconhecimento voluntário da paternidade ou recusa do suposto pai. 5. O direito à intimidade não pode consagrar a irresponsabilidade paterna, de forma a inviabilizar a imposição ao pai biológico dos deveres resultantes de uma conduta volitiva e passível de gerar vínculos familiares. Essa garantia encontra limite no direito da criança e do Estado em ver reconhecida, se for o caso, a paternidade. 6. O princípio da necessária intervenção do advogado não é absoluto (CF, artigo 133), dado que a Carta Federal faculta a possibilidade excepcional da lei outorgar o *jus postulandi* a outras pessoas. Ademais, a substituição processual extraordinária do Ministério Público é legítima (CF, artigo 129; CPC, artigo 81; Lei 8560/92, artigo 2o, § 4o) e socialmente relevante na defesa dos economicamente pobres, especialmente pela precariedade da assistência jurídica prestada pelas defensorias públicas. 7. Caráter personalíssimo do direito assegurado pela iniciativa da mãe em procurar o Ministério Público visando a propositura da ação. Legitimação excepcional que depende de provocação por quem de direito, como ocorreu no caso concreto. Recurso extraordinário conhecido e provido”. (STF, RE 248869 / SP - São Paulo, Min. Maurício Corrêa, julgamento:136 07/08/2003, Órgão Julgador: Segunda Turma, DJ data-12-03-2004, p. 00038.)

⁹ No caso de pacientes falecidos, os familiares e herdeiros poderão ter acesso ao histórico clínico, salvo em caso do falecido haver expressamente proibido a sua divulgação. Em qualquer caso, nunca se facilitará informações acerca da intimidade do falecido e daqueles dados que prejudiquem terceiros. Hoje em dia, um bom número de autores entende que a solicitação de informações constantes dos arquivos clínicos do falecido deve ser acompanhada de autorização judicial prévia. Por mais legitimado que possa parecer o terceiro, seja o cônjuge, seja o filho ou outro familiar direto, unicamente se fará a entrega do prontuário com a devida autorização judicial. Excetuado, obviamente, aqueles casos em que o falecido, por disposição testamentária, haja consentido o acesso aos seus dados clínicos.



sucessores daquele titular, nem por substituição processual, mas em nome próprio e por direito próprio.

Considerando que essas informações pertencem à intimidade do paciente falecido, a divulgação das mesmas atentaria contra a intimidade do *de cujus*, cabendo aos familiares a titularidade para defesa dos interesses acaso configure a sua violação.

É de salientar que, como estas informações ficarão à mercê da apreciação valorativa dos entes do falecido, se porventura houver divergência ente a vontade do *de cujus* - declarada através de documento escrito, e a dos familiares, o desejo do primeiro deverá ser respeitado¹⁰ (8).

Se não houver uma limitação ou restrição por parte do *de cujus* no tocante à divulgação destas informações, à família é quem caberá definir a sua valoração.

Requisições do poder judiciário, do ministério público e da polícia

As requisições de ficheiros clínicos ou prontuários médicos pelos órgãos judiciários são bastante frequentes e tratadas de forma diversa, pois despertam dúvidas quanto à obrigatoriedade ou não do seu envio.

Isto porque o diretor clínico do hospital e/ou o médico ficam diante de um impasse: por um lado existe o código deontológico e leis substantivas que reprimem o envio de dados sigilosos e, do outro, as leis que regulam o funcionamento dos diversos poderes judiciários.

É certo que ao Poder Judiciário em sentido amplo compete à administração da justiça, assegurando a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, dirimindo os conflitos de interesses públicos e privados.

No entanto, a busca da verdade não poderá colidir frontalmente com os direitos individuais e personalíssimos dos cidadãos, igualmente protegidos pela Carta Magna.

Sendo assim, no que diz respeito às informações repassadas às autoridades judiciais, a lei impõe o dever de o médico comunicar às autoridades competentes os crimes de ação

¹⁰ Ao discorrer sobre a divergência entre a vontade da família e do falecido na utilização do cadáver, SILVA se posicionou pela prevalência da vontade deste último: "Problema mais delicado e duvidoso é o de saber se esse direito da família poderá prevalecer contra a vontade do falecido. (...) É preferível, pois, dar-se precedência ao direito de disposição do defunto sobre o direito da família, o que, aliás, é conforme a natureza destas situações jurídicas, como resulta, nomeadamente, da circunstância de, a respeito dos direitos inerentes à piedade familiar, também se fazer prevalecer o direito do cônjuge sobre o dos parentes, e, entre estes, o dos mais próximos sobre o dos mais remotos".



pública que independem de representação, e a constatação de moléstias infectocontagiosas. Isto porque a informação dessas moléstias deve ser feita incondicionalmente porque a lei não traz nenhuma exceção, pois esta norma visa à saúde pública, valor de extrema relevância segundo a ordem jurídica.

O mesmo não acontece com o dever de comunicar crimes. Essa comunicação deve restringir-se aos crimes de ação pública incondicionada – isto é, àqueles que independem de provocação do ofendido e não pode sujeitar o paciente a procedimento criminal¹¹.

No tocante à requisição de fichas e boletins médicos por autoridades judiciárias ou policiais, entende-se que o segredo médico, enquanto instituto jurídico, acolhe no seu bojo os referidos documentos que, assim, se submeter ao regime geral e ético próprio que resguarda e tutela o sigilo profissional.¹²

¹¹ É o que estabelece o art. 66, II, da Lei das Contravenções Penais Brasileira, ao reprimir a omissão de comunicação de crime.

¹² A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça brasileiro assim já decidiram sobre requisições judiciais: “Segredo profissional. A obrigatoriedade do sigilo profissional do médico não tem caráter absoluto. A matéria, pela sua delicadeza, reclama diversidade de tratamento diante das particularidades de cada caso. A revelação do segredo médico em caso de investigação de possível abortamento criminoso faz-se necessária em termos, com ressalvas do interesse do cliente. Na espécie o hospital pôs a ficha clínica a disposição de perito medico, que “não estará preso ao segredo profissional, devendo, entretanto, guardar sigilo pericial” (art-87 do código de ética medica). Por que se exigir a requisição da ficha clínica? Nas circunstâncias do caso o nosocômio, de modo cauteloso, procurou resguardar o segredo profissional. Outrossim, a concessão do “writ”, anulando o ato da autoridade 139coatora, não impede o prosseguimento regular da apuração da responsabilidade criminal de quem se achar em culpa. Recurso extraordinário conhecido, em face da divergência jurisprudencial, e provido. Decisão tomada por maioria de votos”. (STF, RE 91218/ SP - São Paulo, Min. Djaci Falcão, julgamento: 10/11/1981, Órgão Julgador: Segunda Turma, DJ data-16-04-82, p. 13407). “Administrativo e criminal. Requisição de prontuário. Atendimento a cota ministerial. Investigação de “queda acidental”. ARTS. 11, 102 e 105 do Código de Ética. Quebra de sigilo profissional. Não verificação. O sigilo profissional não é absoluto, contém exceções, conforme depreende-se da leitura dos respectivos dispositivos do Código de Ética. A hipótese dos autos abrange as exceções, considerando que a requisição do prontuário médico foi feita pelo juízo, em atendimento à cota ministerial, visando apurar possível prática de crime contra a vida. Precedentes análogos”. (STJ, ROMS 11453 / SP, Min. José Arnaldo da Fonseca, julgamento: 17/06/2003, Órgão Julgador: T5 - Quinta Turma, DJ data-25/08/2003, p. 00324). “Agravado de instrumento – Mandado de segurança contra ato de promotor de justiça – Competência do juízo de primeiro grau – Requisição de prontuário médico pelo Ministério Público em procedimento investigatório – Recusa do profissional – Concessão de liminar para assegurar o sigilo médico – Admissibilidade – Decisão mantida – Agravado desprovido – O poder de requisitar documentos conferido ao Ministério Público encontra obstáculo no segredo profissional, como é o caso do sigilo médico, instituído pelo Código de Ética Médica, com respaldo constitucional”. (TJPR – Ag Instr 0118624-7 – (20644) – Ponta Grossa – 4ª C.Cív. – Rel. Juiz Conv. Miguel Kfourri Neto – DJPR 01.07.2002). “Habeas Corpus - Determinação judicial para fornecimento de prontuário médico - Constrangimento ilegal - Inocorrência - Alegação de violação ao sigilo previsto no Código de Ética Médica - Inadmissibilidade: - Inteligência: art. 102 do Código de Ética Médica, art. 108 do Código de Ética Médica . Inocorre constrangimento ilegal, sanável via Habeas Corpus, na determinação judicial para Diretor de Hospital fornecer prontuário médico a ser juntado em inquérito que apura possível crime de lesão corporal praticado contra paciente da instituição, vez que o sigilo, previsto no Código de Ética Médica, resguarda a intimidade do doente e não a conduta profissional do Médico, sendo certo ainda que, se a própria vítima



Na verdade, não há nenhum dever legal que obrigue o médico ou o dirigente de hospital ou clínica a entregar as papeletas, as folhas de observação clínica e os boletins médicos. Não havendo disposição legal respaldando a ordem da autoridade judiciária ou policial, ocorre constrangimento ilegal, porque ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei¹³.

As informações requisitadas pelos magistrados, a princípio, somente poderão ser atendidas quando não violarem o segredo médico¹⁴ (dados de internação, etc). Caso contrário, o médico, o funcionário ou o dirigente hospitalar acusará o recebimento do pedido, mas declinará de fornecer qualquer dado, alegando impedimento legal e ético.

No entanto, caso reste imprescindível à informação constante do prontuário para a realização do direito - cuja avaliação da necessidade deverá ser realizada caso a caso -, entendemos que a solução será a nomeação de um perito médico para a análise, *in loco*, das anotações lançadas no prontuário do paciente, nos termos da Resolução CFM n.º 1.605, de 15 de setembro de 2000, cujos artigos foram transcritos acima.

Conclusões

Conclui-se, assim, que os prontuários só poderão ser entregues obedecidas as cautelas acima previstas, que resumidamente enumeramos a seguir:

recorre à Polícia para se queixar de mau atendimento, não existe intimidade a ser assegurada". (HC 281.108/0 data

¹³ Esse entendimento foi acolhido pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro ao julgar o Habeas corpus n.º 39.308, originário de São Paulo, e cuja emenda é a seguinte: "Segredo profissional. Constitui constrangimento ilegal a exigência da revelação do sigilo e participação de anotações constantes das clínicas e hospitais. habeas corpus concedido."

¹⁴ É neste sentido que decidiu o Superior Tribunal de Justiça Brasileiro: "Processo civil - Embargos de declaração - Sigilo profissional - Omissões inexistentes. 1. Explicitado ficou no voto condutor que a entidade hospitalar não está obrigada a enviar à Justiça prontuários médicos. 2. O Tribunal disse, com clareza, que à vista do prontuário, preservados os dados sigilosos quanto à doença e ao tratamento realizado, todos os demais dados relativos à internação não estão ao abrigo do sigilo profissional. 3. Embargos de declaração rejeitados". (STJ, EDROMS 14134 / CE, Min. Eliana Calmon, julgamento: 22/10/2002, Órgão Julgador: T2 - Segunda Turma, DJ data-25/11/2002, p. 00214). "Administrativo - Sigilo profissional. 1. É dever do profissional preservar a intimidade do seu cliente, silenciando quanto a informações que lhe chegaram por força da profissão. 2. O sigilo profissional sofre exceções, como as previstas para o profissional médico, no Código de Ética médica (art. 102). 3. Hipótese dos autos em que o pedido da Justiça não enseja quebra de sigilo profissional, porque pedido o prontuário para saber da internação de um paciente e do período. 4. Recurso ordinário improvido". (STJ, ROMS 14134 / CE, Min. Eliana Calmon, julgamento: 14/04/1998, Órgão Julgador: T4 - Quarta Turma, DJ data-16/09/2002, p. 00160).



1) Paciente plenamente capaz, que possa exprimir a sua vontade - só a este poderão ser fornecidos os dados constantes dos ficheiros clínicos ou a pessoa devidamente autorizada.

2) Pacientes incapazes - só poderão ser fornecidos os dados às pessoas que exerçam o poder familiar, tutores e/ou curadores, desde que comprovem esta condição através de prova documental.

3) Pacientes falecidos - por analogia, deverá ser aplicada a regra constante do parágrafo único, art. 12 do Código Civil Brasileiro, e unicamente passadas informações ao *cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau*.

4) Autoridades judiciárias ou policiais - a princípio, somente poderão ser atendidas quando não violarem o segredo médico (data de internação, etc). Caso contrário, o médico, o funcionário ou o dirigente hospitalar acusará o recebimento do pedido, mas declinará de fornecer qualquer dado, alegando impedimento legal e ético. No entanto, caso reste imprescindível à informação constante do ficheiro para a realização do direito, deverá ser aplicada a regra constante da Resolução CFM n.º 1.605.

Referências

1. Pinheiro, J. Privacidade, Segredo Profissional e Saúde nas Instituições, in Revista Portuguesa de Bioética. Coimbra: Edição do Centro de Estudos de Bioética, Maio 2009. p. 65 e ss; e
2. Pereira, A D, Confidencialidade da Informação de Saúde no Direito Português, in Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Centro de Direito Biomédico, 8 (16): 54, 2011
3. Neves, C, Violação do Sigilo Médico e Exercício Ilegal da Medicina. Lisboa: Livraria Petrony, 1963. p. 15.
4. Carazo, S, La Intimidad y el Secreto Médico. Madrid: Ediciones Díaz de Santos, S.A., 2000. p. 73.
5. Caldas, C, O Segredo Médico e os Direitos Humanos, in Boletim da Ordem dos Advogados, 4/93, III série, Out/Nov./Dez. p. 5.
6. León, C G, La Protección del Paciente y el Consentimiento Informado, in Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Centro de Direito Biomédico, 6(12): 15, 2009.



7 Pinto, P M, A Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada, *in* Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha. Lisboa. 1989. p. 501 e 542,

8. Gomes da, Esboço de uma Concepção Personalista do Direito. Universidade de Lisboa. 1965. p. 226,

Recebido em: 18/9/2016
Aprovado em: 29/9/2016

Como citar este artigo:

Marques RFR. Requisição de prontuário ou ficha clínica no Brasil (Justiça, Ministério Público e Polícia) X Sigilo Médico. *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. 2016 dez., 5 supl. 1:129-142



Constitutional guarantees generate negative externalities for the Brazilian health system

As garantias constitucionais geram externalidades negativas para o sistema de saúde brasileiro

Las garantías constitucionales generan externalidades negativas para el sistema de salud brasileño

Sandra Mara Campos Alves¹
Alethele de Oliveira Santos²
Ivan Pricken de Bem³
Talita Gomes Rodrigues⁴
Maria Célia Delduque⁵

ABSTRACT: The research was conducted in 27 Brazilian courts of law. We aimed to know the legal demands on health and the arguments made by the patient, the defense, and the judge in judicial hearings. For this, we used the method of case law research. The research unit was Brazilian judicial processes with the material object of health demands, decided between 2012 and 2013. The results showed reliance on constitutional arguments for both the request and the decision, while the defense was based on diverse and obsolete legal points. It was concluded that judges have decided questions about health using purely legal arguments and reproducing points made by the patient. The defense of the Brazilian health system is fragile due to the lack of an adequate legal rationale.

Keywords: Court decision arguments. Public health. Judicial arguments.

RESUMO: A pesquisa foi realizada nos tribunais de justiça brasileiros e teve como objetivo conhecer as demandas judiciais sobre saúde e discursos do paciente, da defesa e do juiz da causa. Para isso utilizou-se o método da pesquisa jurisprudencial, levantando-se nos 27 tribunais brasileiros os processos cujo objeto material fosse demandas sobre saúde, decididos em 2012 e 2013. Os resultados demonstraram uma manutenção nos argumentos constitucionais para a solicitação e para a decisão, enquanto que a defesa do sistema de saúde tem elegido a teses jurídicas dispersas e obsoletas. Concluiu-se que os juízes têm decidido questões sobre saúde utilizando-se de argumentos meramente jurídicos e repetidos do paciente. A defesa do sistema de saúde brasileiro é frágil em função dos inócuos argumentos trazidos para os autos.

Palavras-chave: Judicialização. Decisão judicial. Saúde pública. Argumentos jurídicos

¹ Doutoranda em Saúde Coletiva pela Universidade de Brasília (UnB). Advogada. Email: smcalves@gmail.com

² Doutoranda em Saúde Coletiva pela Universidade de Brasília (UnB). Advogada. Assessora Técnica do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass). Email: alethele@ig.com.br

³ Mestrando em Políticas Públicas de Saúde na Fundação Oswaldo Cruz. Email: Ivan.bem@fiocruz.br

⁴ Mestranda em Saúde Coletiva. Universidade de Brasília, Faculdade de Saúde, Departamento de Saúde Coletiva. Email: talitaum@gmail.com

⁵ Pesquisadora em Saúde Coletiva. Professora da Universidade de Brasília e pesquisadora da Fundação Oswaldo Cruz Brasília.



RESUMEN: La investigación ha sido realizada en los tribunales de justicia y en el juicio de la causa. Para este tipo de uso de la investigación de jurisprudencia, fueron consultados nos 27 tribunales brasileiros los procesos sobre salud, con sentencia en los años 2012 y 2013. Los resultados demuestran los argumentos constitucionales para las solicitudes de pacientes. Para una decisión, han elegido las tesis jurídicas dispersas y ultrapasadas. Los juicios han decidido sobre la salud utilizándose de argumentos judiciales y repetidos del paciente. La defensa del sistema de salud brasileño es frágil en la función de los argumentos de los abogados públicos.

Palabras-clave: Judicialización. Decision Judicial. Salud publica. Argumentos judiciales

Introduction

Twenty years ago, the XXX World Health Assembly decided that, by the year 2000, people should have universal access to health worldwide. This decision reflected the certainty that the means to achieve this goal were available to most countries. Over the years, many countries have implemented far-reaching reforms in their health systems, following World Health Organization (WHO) guidelines, that have reached the intended target, although each with its own characteristics and pace.

A similar process has taken place in Brazil. In 1988, the country began to allocate more attention to health, and the government took a central role in making health the right of every citizen and a State duty. However, while on the one hand this political and social ideal was gradually taking shape as a constitutional right, it generated negative externalities that put at risk the very system (the Single Health System or SUS) created to universalize access to health. Collective health needs permeate the guarantee of this complex right. However, individual needs backed by the Constitution generate conflicts that ultimately find their way to the judiciary. This process, known as “judicialization of public health policies” lies at the heart of the negative externalities mentioned above.

This phenomenon has exponentially increased the number of judicial decisions that require the State to provide the most diverse goods and services requested in court by citizens. Each of these requests is based on individual needs, attested by the opinion of a medical practitioner. Such needs clash with health public policies established to meet the therapeutic needs of the entire Brazilian society, and based on reasonable data and priorities for choosing the best therapeutic alternatives for those who need them. The growing number of lawsuits demanding access to medicines, health products, and surgical and ICU beds, among others, creates a point of tension between the State and citizens



whose right to health is guaranteed in the Constitution and in national laws. Although this judicialization pattern is known, there are no studies that quantify judicial demands of the public at the national level and qualify the discourse of the parties to this conflict.

In this context, the present study was developed to answer the question: what are the judicial demands of citizens regarding health in Brazil, and what are the arguments of the procedural triad formed by the patient, the defense, and the judge in their individual roles?

Methodology

A retrospective study was undertaken with analytical description, with the analytical unit being the judicial health process, considering judgments issued in the entire country in the years 2012 and 2013.

The sample calculation shows simple random sampling, with a reliance level of about 95% and an error margin of 5%. B is the sampling error and Z is the reliance level.

$$n = \frac{N}{4(N-1)D + 1}, \text{ where } D = \frac{B^2}{Z_a^2}$$

The criteria for inclusion in the sample were legal proceedings that contained claims for health services against the public health system—the Unified Health System (SUS). Exclusion criteria were processes with applications for health services against private health insurance. The sample was delimited to 996 cases. The total number of judicial documents analyzed was 2,988, considering the application by the patient, the defense arguments, and the judge's final decision. Exploratory analysis of quantitative data was done using descriptive statistics, by generating frequency tables. For this analysis we used the Predictive Analytics Software (PASW), version 17.0.

Also, participant observation gave rise to numerous field report notes of observable detail in processes such as notes on the bottom of the page, single sheets and comments collected during the months of living with the file sectors of the legal proceedings in different courts state surveyed.

For qualitative analysis the Laurence Bardin (1) method was initially used. To conduct lexical and syntactic analysis of the text of the discourse in our sample, we analyzed the total number of words and occurrences present in the studied documents, enabling ordinary



frequencies according to the sense and syntactic aspects of sentence organization, revealing the discourse characteristics.

The arguments were analyzed using Atienza's (2) Argumentation Theory.

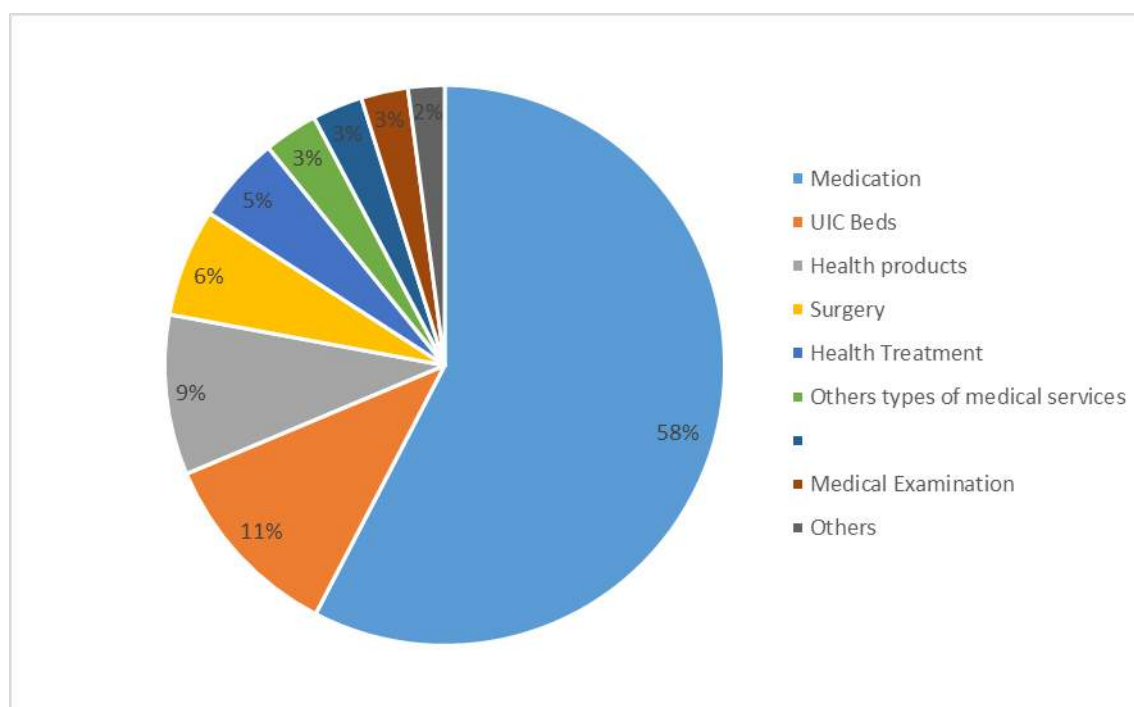
RESULTS

Patient demands regarding health

Patient health needs are reflected in judicial proceedings. Judicial requests for medications had significant predominance over other health inputs, accounting for 574 (58%) of 996 cases analyzed (Figure 1). Among other demands, the most frequently expressed are ICU beds (11% of cases), health products (9%), and surgery (6%) (Figure 1).

Figure 1 – Material content of the processes on health in Brazilian courts in 2012–2013

100% = 996



Patient arguments used in lawsuits

The arguments used by the patient can be divided into three main types: legal, personal, and administrative (Table 1). The legal arguments represent almost 45% of the total, and among these, the most frequent were those that made direct reference to the



Federal Constitution (679, 18.6%). Other legal arguments included federal law 8080/90, state guidelines, and constitutional provisions. Personal arguments represented approximately 30% of the total, and usually included economic aspects and potential harm to the health of patients. Finally, administrative arguments represented approximately 17% of the total and included aspects regarding failure by the State in managing the assets of the public health sector.

Table 1 – Arguments used by patients in health lawsuits, 2012–2013

Description of Patient's arguments	Nature of argument	Quantity	%
Total		3,647	100
Articles of the Federal Constitution	Legal	679	18.6%
Poverty of patient	Personal	626	17.2%
Law 8080/90	Legal	368	10.1%
Risk of worsening the patient's situation	Personal	279	7.7%
Principle of human dignity	Legal	266	7.3%
Articles of the State Constitution	Legal	248	6.8%
Negative for supply channels	Administrative	219	6.0%
Risk of patient death	Personal	208	5.7%
Jurisprudence	Legal	180	4.9%
Medication/input/treatment costs too much	Administrative	179	4.9%
Right to health must be fully guaranteed	Legal	109	3.0%
Medication/input/treatment unavailable	Administrative	81	2.2%
Lack of beds in the ICU	Administrative	64	1.8%
Ineffectiveness of the drug/input/standardized treatment	Administrative	54	1.5%
Limited budget	Administrative	51	1.4%
Exhausted administrative channels	Administrative	36	1.0%

Defense arguments

We were also able to divide the defense arguments into 3 types, including those related to judicial doctrine, to administrative rules, and to the law itself (Table 2). However, the largest single proportion of arguments (25.1%) came under the definition of "principle of human dignity," a category that included highly fragmented theses developed by the defense in their representation (data not shown). Judicial doctrine arguments represented 37.5% of the total and included principles of law and legal dogma. The administrative



arguments constituted 33.8% of the total, including economic theses, and logistical and procedural aspects. Finally, only one type of argument (3.5% of the total) was of a legal nature and called for jurisprudence.

Table 2 – Arguments of the defense used in health lawsuits, 2012–2013

Description of defense arguments	Nature of argument	Quantity	%
Total		2,123	100
Law	Legal	533	25.1%
Passive illegitimacy of the State	Legal	233	11.0%
Drug/input/treatment must be replaced by others	Administrative	210	9.9%
Drug/input/treatment nonstandardized by SUS	Administrative	209	9.8%
Principle of completeness	Legal	154	7.3%
Theory of Reserve for Contingencies*	Legal	134	6.3%
No reason for the action	Legal	125	5.9%
Drug/input/treatment standardized by SUS	Administrative	122	5.7%
Default	Legal	115	5.4%
Budget	Administrative	89	4.2%
Jurisprudence	Legal	75	3.5%
Federal Government has the responsibility to reimburse oncology drugs	Administrative	49	2.3%
Drug/input/treatment requested is provided by SUS	Administrative	39	1.8%
Serious injury to the social and economic order	Legal	36	1.7%

*The theory of Reserve for Contingencies was developed by the German Constitutional Court in the year 1970, affirming that citizens can only require of the State what could reasonably be expected.

Arguments applied by the judge

Judges often resorted to judicial doctrine and the letter of the law (87%) as the basis for their decisions (Table 3). Among these arguments, the most frequent made reference to the Brazilian Federal Constitution (23.7%), followed by jurisprudence, and Federal Law 8080/90, representing 10% of the total.

**Table 3** – Arguments made by the judge in deciding health lawsuits, 2012–2013

Description of judge's argument	Nature of argument	Quantity	%
Total		2.555	100
Articles of the Federal Constitution	Legal	606	23.7%
Jurisprudence	Legal	272	10.6%
Trials extinction without the verdict	Legal	266	10.4%
Organic Law on Health 8080/90	Legal	262	10.3%
Evidence of the necessity for the application	Legal	224	8.8%
Health is everyone's right	Legal	168	6.6%
Default	Legal	141	5.5%
Joint responsibility of the federal entities	Legal	123	4.8%
Articles of the State Constitution	Legal	122	4.8%
Principle of completeness	Legal	102	4.0%
Patient death	Personal	74	2.9%
Legal literature	Legal	63	2.5%
Right to health must be fully guaranteed	Legal	62	2.4%
No reason for action object	Legal	41	1.6%
Protocols and official lists	Administrative	21	0.8%
Theory of Reserve for Contingencies	Legal	8	0.3%

Discussion

In this nationwide assessment of legal demands regarding public health, we found that patients frequently focus their demands on the right to free medicine, ICU beds, medical examinations, and other procedures. Requests for drugs were more frequent than all other requests together. Some local studies (3), (4), (5), (6) also found a higher concentration of legal demands for drugs. Medication should be offered for free to the public, in this understanding of the Constitution, and when the health system fails to do so, lawsuits ensue.

Patient demands often offer arguments such as the risk of worsening patient health, economic poverty, as well as legal and constitutional aspects that guarantee the universal right to health. A personal medical doctor always lends support to personal and disease-related arguments with reports and prescriptions (data not shown). In none of the cases evaluated did the defense request an expert opinion on the validity of these reports and prescriptions (data not shown). Economic arguments tried to demonstrate an individual's



lack of resources for the purchase of medication or treatment. This finding indicates that a contingent of poor people have been going to court to plead for health services. The fact that the public first resorted to arguments regarding the law or judicial doctrine suggests that for citizens the law carries a political and moral force in favor of their demands.

Defense arguments were often fragile and fragmented. Without a strong central thesis to convince the judges, the State almost never wins cases against patients. In support of the idea that state defenders fail to promote effective points, judges frequently resort to the Constitution, reproducing the plaintiffs' arguments and ignoring the defense. Only a small percentage of judges demonstrated concern about the potential death of the patient. Other studies also show that the judge's decision is based on the legal text without considering aspects of public health (7), (8), (9), (10).

The right to social benefits, notably to universal health, guaranteed in the Constitution and federal laws, has generated the negative externality called judicialization of health public policies. Brazilian ideals of social justice and the right to health have created incentives for the individual citizen to go to court, putting at risk the viability of the very system established to help citizens in the first place. It is advisable that countries moving towards a reformulation of their health system look to the Brazilian model for potential hidden costs. On the other hand, it is paramount that the public defense system develops a more coordinated response to the increasing instances of legal demands against the Brazilian State.

Bibliography

- 1 Bardin, L. *Análise de Conteúdo*. São Paulo: Almedina Brasil; 2011
- 2 Atienza, M. *O Direito como Argumentação*. Lisboa: Escolar, 2014
- 3 Menicucci, TMG; Machado, JA. Judicialization of health policy in the definition of access to public goods: individual rights versus collective rights. *Brazilian. Political Science. Review*. [online]. 2010, vol.5 Selected edition, pp. 33-68.
- 4 Trevisan, L M et al. Access to treatment for phenylketonuria by judicial means in Rio Grande do Sul, Brazil. *Ciência e saúde coletiva* [online]. 2015, vol.20, n.5, pp. 1607-1616.



5 Sant'ana, JMB; Pepe, VLE; Osorio-de-Castro, CGS and Ventura, M. Essencialidade e assistência farmacêutica: considerações sobre o acesso a medicamentos mediante ações judiciais no Brasil. *Rev Panam Salud Publica* [online]. 2011, vol.29, n.2, pp. 138-144.

6 Gomes, FFC et al. Acesso aos procedimentos de média e alta complexidade no Sistema Único de Saúde: uma questão de judicialização. *Cad. Saúde Pública* [online]. 2014, vol.30, n.1, pp. 31-43.

5 Biehl J, Amon JJ, Socal MP, Petryna A. Between the court and the clinic: lawsuits for medicines and the right to health in Brazil. *Health Hum Rights* 2012; 14(1):E36-52.

6 Biehl J, Petryna A, Gertner A, Amon JJ, Picon PD. Judicialisation of the right to health in Brazil. *Lancet*. 2009 Jun 27; 373(9682):2182-4.

7 Yamin AE. Editorial: promoting equity in health: what role for courts? *Health Hum Rights*;16(2): E1-9, 2014

8 Vargas-Peláez CM; Rover MR; Leite SN; Rossi Buenaventura F; Farias MR. Right to health, essential medicines, and lawsuits for access to medicines--a scoping study. *Social Science and Medicine*;121:48-55, 2014 Nov.

9 Guimarães R. Technological incorporation in the Unified Health System (SUS): the problem and ensuing challenges. *Cien Saude Colet*; 19(12):4899-908, 2014 Dec.

10 Gomes Fde F; Cherchiglia ML; Machado CD; Santos VC; Acurcio Fde A; Andrade EI. Access to medium and high-complexity procedures in the Brazilian Unified National Health System: a matter of judicialization. *Cadernos de Saúde Pública*; 30(1):31-43, 2014 Jan.

Recebido em: 18/9/2016
Aprovado em: 29/9/2016

Como citar este artigo:

Alves SMC, Santos AO, Bem IP, Rodrigues TG, Delduque MC. Constitutional guarantees generate negative externalities for the Brazilian health system. *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. 2016 dez., 5 supl. 1:143-151.



O Direito à Saúde como um direito humano em Moçambique

The Right to Health as a Human Right in Mozambique

El derecho a la salud como un derecho humano en Mozambique

Orquídea Massarongo-Jona¹

RESUMO: O presente artigo analisa a questão do acesso e disponibilidades dos serviços de saúde e medicamentos essenciais como componentes do direito à saúde, concentrando-se nas obrigações do Estado moçambicano resultantes dos instrumentos internacionais de direitos humanos em particular na vertente dos direitos económicos, sociais e culturais, tendo em conta a vulnerabilidade da população moçambicana para doenças endémicas, em particular a malária. A abordagem considera a recente avaliação de desempenho de Moçambique relativa aos direitos humanos no que concerne ao direito à saúde através do Mecanismo de Revisão Periódica Universal. O artigo foca nos 4 critérios de abordagem dos Direitos Humanos fixados pela ONU e que constituem a base da avaliação da situação do direito à saúde em Moçambique: Disponibilidade, Acessibilidade, Aceitabilidade e Qualidade (DAAQ) e como o quadro legal moçambicano vigente responde as obrigações internacionais de protecção do direito à saúde.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Direitos Humanos. Discriminação. Acessibilidade.

ABSTRACT: This article analyzes the issue of access and availability of health services and essential medicines as components of the right to health, focusing on the obligations of the Mozambican State resulting from international human rights instruments, in particular in economic, social rights Taking into account the vulnerability of the Mozambican population to endemic diseases, particularly malaria. The approach considers the recent assessment of Mozambique's human rights performance about the right to health through the Universal Periodic Review Mechanism. The article focuses on the four criteria for approaching human rights established by the UN and which form the basis for assessing the situation of the right to health in Mozambique: Availability, Accessibility, Acceptability and Quality (DAQA) and how the current Mozambican legal framework responds to obligations Protection of the right to health.

Keywords: Right to Health. Human Rights. Discrimination. Accessibility

¹ Docente na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane (UEM). Estudante em nível de Doutoramento em Direitos Humanos na Universidade de Ghent – Bélgica na área de Saúde Sexual e Reprodutiva. Possui Mestrado em Direito do Comércio Internacional, Universidade de Stellenbosch, África do Sul (2003). É Coordenadora do Projecto de Direitos Humanos e do Mestrado em Direitos Humanos no âmbito do Programa Desafio (Cooperação interuniversitária entre a UEM e Universidades Flamengas). Pesquisadora com interesse na área Direito da Saúde, Direitos humanos das mulheres e Direitos Humanos e Negócios. Membro da Comissão Nacional de Bioética para Saúde e Vice-Presidente do Conselho Nacional da Ordem dos Advogados de Moçambique. Membro da Rede de Universidades do Programa de Direitos Humanos e Democratização em África em parceria com a Universidade de Pretória (África do Sul). É Coordenadora (Organizadora) da Revista de Direitos Humanos editada pelo Centro de Direitos Humanos da UEM. Email: orquidiamz@yahoo.com.br



RESUMEN: En este artículo se examina la cuestión del acceso y disponibilidad de servicios de salud y medicamentos esenciales como componentes del derecho a la salud, centrándose en las obligaciones del Estado de Mozambique resultante de los derechos humanos internacionales, en particular en el aspecto de los derechos económicos, sociales y cultural, teniendo en cuenta la vulnerabilidad de la población de Mozambique a las enfermedades endémicas, especialmente la malaria. El enfoque tiene en cuenta la reciente evaluación del desempeño de Mozambique en materia de derechos humanos en relación con el derecho a la salud a través del Mecanismo de Examen Periódico Universal. El artículo se centra en 4 criterios de aproximación de los derechos humanos establecidos por la ONU y que forman la base de la evaluación de la situación de los derechos de salud en Mozambique: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad (DAAQ) y cómo el marco legal vigente en Mozambique responde obligaciones la protección internacional del derecho a la salud.

Palabras-clave: Derecho a la Salud. Derechos Humanos. La discriminación. Accesibilidad

Introdução

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) determina que “toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar [a si] e à sua família a saúde e o bem estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários (...)”² portanto é indiscutível que a saúde é um direito de todos (1), qualquer pessoa tem o direito de obter atendimento e acesso aos serviços básicos de saúde e medicamentos considerados essenciais tal como definidos pela OMS (Organização Mundial da Saúde) (2), (3).

O Direito da Saúde corresponde a um conjunto de normas de direito, privado e público, com objectivo principal de promoção da saúde humana, quer considerada na perspectiva da prestação de cuidados individuais, quer enquanto bem de uma comunidade.

A Constituição da República de Moçambique (CRM 2004), no capítulo V referente aos direitos sociais garante, no artigo 89, a todo cidadão o direito a saúde. Estes fazem parte do chamado grupo de direitos fundamentais de segunda geração³, “os direitos sociais, culturais e económicos”, que estão ligados intimamente a direitos de prestações sociais do

² Vide Art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

³ Os direitos Fundamentais são classificados em gerações, sendo os da primeira geração correspondentes aos direitos clássicos civis e políticos; os direitos sociais, económicos e culturais correspondem a segunda geração; os de fraternidade e solidariedade em que se inclui à paz, meio ambiente, património, etc correspondem a terceira geração e por último os da quarta geração que se referem a institucionalização do Estado Social e compreende o direito à democracia, à informação e ao pluralismo.



Estado perante o indivíduo, bem como a assistência social, educação, saúde, cultura e trabalho.

Para a nossa reflexão, julgamos ser relevante fazer referência à classificação tripartida do direito da saúde, posto que a nossa abordagem irá incidir numa delas, o acesso aos serviços de saúde. Com base nesta classificação o direito da saúde divide-se em três partes, nomeadamente: (i) Direito da Saúde Pública que regula a intervenção do Estado na protecção e promoção da saúde pública; (ii) Direito da Medicina que regula a relação médico paciente e por último (iii) Direito das Prestações de Saúde que regula o acesso do cidadão às prestações de saúde.

O presente artigo irá debruçar-se resumidamente sobre o acesso aos serviços de saúde e medicamentos essenciais como componentes do direito à saúde, concentrando-se nas obrigações do Estado moçambicano resultantes dos instrumentos internacionais de direitos humanos em particular na vertente dos direitos económicos, sociais e culturais, tendo em conta a vulnerabilidade da população moçambicana para doenças endémicas, em particular a malária. A abordagem tomará em conta a recente avaliação de Moçambique no que concerne ao direito à saúde através do Mecanismo de Revisão Periódica Universal (MRPU).(4)

Direito à Saúde como Direito Humano: Visão Geral

O Direito à saúde é parte de um conjunto de direitos chamados de direitos sociais(5) considerado como um dos direitos mais difíceis de proteger pois para a sua consecução implica acções efectivas e proactivas dos Estados para a realização do direito(6). Os direitos sociais foram instituídos para que as condições razoáveis de vida em sociedade pudessem ser gozadas por todos.

Então o que engloba o direito da saúde? Que conjunto de direitos são esses e em que consistem? Como ponto de partida, comecemos pela conceptualização do direito à saúde, a partir da definição de saúde apresentada pela Organização Mundial da Saúde (OMS): a saúde “é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.” (7)

O direito à saúde engloba o conjunto de normas jurídicas que estabelecem os direitos e obrigações do Estado, colectividades e que regulam as relações entre o Estado e as colectividades (5)



O direito à saúde, nos termos do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), consiste no direito ao tratamento médico e serviços preventivos de saúde para que os cidadãos possam alcançar o mais alto nível de saúde física e mental.

É ponto assente, que o direito à saúde deve ser entendido como o direito de beneficiar ou gozar de um conjunto de facilidades, bens, serviços e condições necessárias para a realização ao mais alto nível possível de atingir, estando aqui realçado a questão da disponibilidade e acesso aos serviços de saúde. O mesmo acontece com o acesso a medicamentos essenciais que constitui um elemento fundamental do direito à saúde.

O direito à saúde, inclui também o acesso ao tratamento médico em caso de doença, bem como a prevenção, tratamento e controle de enfermidades são atributos centrais do direito a desfrutar do mais elevado nível possível de saúde, atributos que dependem do acesso a medicamentos e da cobertura universal dos serviços de saúde (8) Falar de direito à saúde é também referir-se ao acesso e cobertura universal (5) dos serviços de saúde, em qualidade e quantidade para toda a população.

Do acima exposto pode-se depreender que definir o conteúdo do direito à saúde é um desafio, mas que não impediu que este direito fosse reconhecido (9), não obstante as dificuldades de implementação na prática. O Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (CDESC), órgão responsável pela implementação e monitoria do PIDESC instituiu o Comentário Geral número 14 que define o conteúdo e alcance do direito a saúde e as medidas que os Estados devem adoptar para a realização deste direito (9).

Contexto social e económico de Moçambique relacionado com a Saúde

Moçambique é considerado como um dos países mais pobres e menos desenvolvidos do mundo,⁴ com uma população estimada de 28.943.604 habitantes (em setembro de 2016).⁵ Da análise efectuada nos documentos oficiais e relatórios disponíveis do Ministério da Saúde de Moçambique, preocupam a saúde pública em Moçambique a malária,

⁴ Segundo dados divulgados em 2010, no período de 2008/2009, de 21,5 milhões de pessoas em Moçambique, 55% da população vivem abaixo da linha de pobreza com cerca de meio dólar americano por dia. Vide Ministério de Planificação e Desenvolvimento (MPD), Direcção Nacional de Estudos e Análises de Políticas, (2010) Terceira

Avaliação Nacional sobre Pobreza e Bem-Estar em Moçambique, p. xiii; MISAU (2013) Plano Estratégico da Sector da Saúde 2014-2019, Ministério da Saúde (PDC), p. 12.

⁵ <http://countrysometers.info/pt/mozambique>



HIV/SIDA, tuberculose, diarreia, infecções respiratórias, sarampo e cólera, com destaque para a malária, que é endêmica em todo o país e constitui um dos principais desafios para a saúde pública e para o desenvolvimento sustentável do país.⁶

Em Moçambique a malária é a principal causa de problemas de saúde e principal causa de morte. Constatou-se que 45% das admissões em consultas externas e 56% de internamento em enfermarias de pediatria se devem à Malária. Segundo o último inquérito demográfico de saúde (IDS 2011) a prevalência da malária em crianças é de 35,1% (10)

O acesso aos cuidados em saúde é muito baixo no país e estima-se que cerca de 50% da população vive a mais de 20 quilômetros da unidade de saúde mais próxima e 62,4% sem acesso a serviços de saúde (o país ocupa a posição 183 entre 191 países analisados quanto à densidade de médicos). A percentagem da população com acesso a uma unidade sanitária a menos de 45 minutos a pé aumentou de 55% para 65% entre 2002-2003 e 2008-2009, com maiores índices para as zonas rurais (especialmente no norte do país) comparado com as zonas urbanas, onde se observa uma redução da população com acesso a uma unidade sanitária a menos de 45 minutos de distância, indicando a necessidade de expansão rápida das zonas urbanas.⁷

Os dados estatísticos e relatórios de organizações não-governamentais revelam que a população moçambicana em particular da zona rural, que constitui a maioria, para ter acesso aos serviços de saúde deve percorrer longas distâncias, pois não tem opção de transporte público e mesmo depois de percorrer a pé, fá-lo sem garantias de atendimento e tratamento com qualidade e dignidade humana (11), dadas as enchentes e condições de atendimento no território.

Em Moçambique, a assistência é feita por meio do Sistema Nacional de Saúde (SNS) que beneficia todo o povo moçambicano tal como disposto na lei⁸ e o Estado

⁶ Dados de cinco anos, referente ao período de 2009 a 2013 do sistema de vigilância epidemiológica (Boletim Epidemiológico Semanal, BES do Ministério da Saúde -MISAU), a malária conta com uma média de 5,8 milhões de casos diagnosticados clinicamente por ano, sendo a principal razão de consulta externa (45%) e de internamento no serviço de pediatria (56%) e com alta taxa de mortalidade (variação de 1.8% a 9.9%, dependendo do nível da unidade sanitária). Dados mais recentes, revelam que só primeiro semestre de 2014, foram registados 3.297.386 casos de malária e 1.937 óbitos em todo o País. Para além do impacto directo na saúde, existe um peso socioeconómico enorme nas comunidades e no país em geral, particularmente para os segmentos populacionais mais pobres e vulneráveis.

⁷ <http://www.aho.afro.who.int/profiles_information/index.php/Mozambique:Introduction_to_Country_Context/pt

⁸ Art. 116 nº1 da CRM 2004 e art. 1 da Lei2/77, de 19 de Janeiro referente ao Lei do Sistema Nacional de Saúde (SNS), que estabelece que são gratuitas as acções sanitárias de carácter profiláctico [sem no



responsabiliza-se pelo acesso aos serviços de saúde para todos os moçambicanos.⁹, no entanto o alcance do Serviço Nacional de Saúde é reduzido nas zonas rurais comparativamente a zona urbana. (12)

O Sistema Nacional de Saúde funciona na base de gratuidade para um conjunto de serviços de saúde e uma taxa simbólica para internamento e tratamento ambulatorio, que pelo nível de pobreza, falta de fontes de rendimento estáveis e conjugado com os níveis de desemprego no país, os valores instituídos pelas taxas nos serviços de saúde, por mais baixos que sejam afectam o acesso aos serviços de saúde, na medida que que essa taxa é acrescida a outros custos tais como medicamentos, consulta, transporte e alimentação.

Quadro Normativo do Direito a saúde

Pelo facto dos direitos humanos serem direitos interdependentes e interrelacionados, no sentido de que os direitos humanos não funcionam isoladamente e que todos os direitos devem ser reconhecidos. O direito humano à saúde, não é um direito recente, foi reconhecido em 1948 com a Declaração Universal (DUDH) que assegura ao ser humano saúde e bem-estar com relação a vários factores dos quais a assistência médica,¹⁰ e reafirmado em 1966 com o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC),¹¹ o qual traduz os princípios da Declaração Universal de Direitos Humanos em instrumento legalmente vinculativo,¹²(13) apenas aos Estados parte do PIDESC,¹³ reconhecendo o ‘direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental.’

entanto indicar na lei as situações que se enquadram nesse carácter], no art. 2 determina que “todo o cidadão tem direito à assistência médica e medicamentosa gratuita quando em regime de internamento” e no art.º 6 fixa que a gratuidade no tratamento ambulatorio é estabelecida para os medicamentos considerados básicos. Vide art.º 1 nº1 & nº2 da Lei 4/87, de 19 de Janeiro, que trouxe algumas alterações a Lei do Sistema Nacional de Saúde, em particular ao seu art.º 1

⁹ Art.º 49 da CRM.

¹⁰ Art.º 25 (1) da DUDH.

¹¹ Art.º 12 (1) do PIDESC. O PIDESC foi adoptado em 1966 e entrou em vigor em 1976.

¹² O PIDESC corresponde a transformação das disposições da Declaração Universal (DUDH), juntamente com o PIDCP (Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos), em obrigações com força legal, ‘*which are the bedrock of the international normative regime for human rights*’.

¹³ Moçambique não é signatário do PIDESC, contudo como membro da ONU está obrigado a não tomar nenhuma medida contra a finalidade e regras plasmadas no Pacto.



Uma característica ou aspecto a destacar do PIDESC é o princípio da “implementação progressiva”¹⁴ o que implica que a realização do direito não é imediata uma vez que exige meios e recursos, impondo um conjunto de obrigações essenciais mínimos aos Estados, sendo uma das obrigações mínimas a de “garantir o acesso as unidades hospitalares e serviços de forma não discriminatória, em particular para os grupos vulneráveis.”¹⁵ Contudo, este princípio não deve constituir motivo ou justificação para o Estado, em particular os países menos desenvolvidos e com menos recursos, como Moçambique, para não realizar o direito humano à saúde, posto que o Estado impossibilitado por falta de recursos deve justificar e demonstrar que usou de todos os recursos e meios disponíveis com vista a satisfação do direito.¹⁶

Em nível regional africano, o quadro normativo do direito a saúde é definido a partir do artigo 16 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP) da União Africana, o qual determina que “toda a pessoa tem direito ao gozo do melhor estado de saúde física e mental que for capaz de atingir”¹⁷ Com este instrumento regional os Estados Africanos obrigam-se a tomar as “medidas necessárias para proteger a saúde das suas populações e para lhes assegurar assistência médica em caso de doença.”¹⁸

Obrigações do Estado Moçambicano em relação ao Direito à saúde

Para garantir que as pessoas em sociedade possam desfrutar do mais elevado nível possível de saúde, os direitos humanos impõem aos Estados três níveis de obrigações,¹⁹ nomeadamente obrigação de respeitar, proteger e cumprir ou implementar o direito à saúde. A obrigação de respeitar o direito humano à saúde obriga o Estado a não interferir ou negar o gozo do direito; o direito de proteger exige que o Estado deve prevenir e

¹⁴ Vide art.º 2.1 do PIDESC “Cada um dos Estados (...) compromete-se a agir (...) no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas.”

¹⁵ CDESC Comentário Geral No. 14 Parágrafo 43, alínea a).

¹⁶ O CDESC no seu Comentário Geral No. 14 Parágrafo 47 distingue quando se deve considerar que o Estado está ‘impossibilitado’ por falta de recursos ou por ‘falta de vontade’ não realizou o direito a saúde, o que no último caso considera-se que esta em violação das obrigações nos termos do art.º 12 do PIDESC.

¹⁷ Art. 16 (1) CADHP.

¹⁸ Art. 16 (2) CADHP. Dos 56 países membros da União Africana, apenas 3 países (Botswana, Egito e a Tunísia) não são signatários da Carta.

¹⁹ CDESC Comentário Geral No. 14 Parágrafo 33.



assegurar que terceiros não impeçam a realização do direito à saúde²⁰ e o dever de cumprir requer que o Estado seja proactivo na garantia do acesso aos cuidados de saúde, providenciando por exemplo um número suficiente de unidades hospitalares e centros de saúde, em particular para as zonas rurais que mais necessitam.

No que concerne a obrigação de implementação do direito à saúde, as obrigações do Estado com relação ao direito à saúde, consistem em: ²¹

- Reconhecimento adequado do direito à saúde na legislação e políticas nacionais;
- Acesso em termos de igualdade e sem discriminação, a todos factores determinantes de saúde, tais como alimentação, água potável, saneamento básico, habitação adequada;
- Providenciar nas Unidades Hospitalares Públicas serviços de saúde sexual e reprodutiva;
- Formar adequadamente do pessoal de saúde (médicos e outros);
- Providenciar número suficiente de hospitais, clínicas e centros de saúde e outras unidades de saúde relacionadas;
- Estabelecer instituições de aconselhamento e serviços de saúde mental.

De acordo com os princípios de Limburgo,²² os Estados devem tomar medidas legislativas, administrativas, judiciais, económicas, sociais e educacionais e se necessário criar espaço para que medidas judiciais para reparação ou restituição do direito violado. Com relação ao direito à saúde, o Comité dos Direitos Económicos e Sociais determina que os Estados têm no mínimo que cumprir as seguintes obrigações essenciais: (i) garantir o acesso a unidades hospitalares (centros de saúde ou outros), bens e serviços; (ii) Providenciar medicamentos essenciais tal como definidos pela OMS e (iii) garantir uma distribuição equitativa das unidades, bens e serviços de saúde.²³

²⁰ Esta obrigação pode ser cumprida através de medidas legislativas e monitoria dos serviços de saúde em caso de terceirização ou privatização dos serviços de saúde.

²¹ CDESC Comentário Geral No. 14 Parágrafo 37.

²² São princípios elaborados em 1986 pela Comissão Internacional de Juristas (<http://www.icj.org>) que ilustram as obrigações dos Estados relacionados com os direitos económicos, sociais e culturais resultantes do PIDESC. Disponível em < <https://www.escri-net.org/resources/limburg-principles-implementation-international-covenant-economic-social-and-cultural> >

²³ CDESC Comentário Geral No. 14 paragrafo 43, alínea a), d) e c).



Alguns aspectos do Direito à Saúde como direito humano em Moçambique

Como afirmado, o Estado moçambicano não ratificou o PIDESC, contudo dedicou um capítulo na Constituição da República que reflecte os princípios e normas do PIDESC,²⁴ e ainda, como membro da ONU, para além de estar obrigado a não agir em sentido diverso ou contra os demais instrumentos, acaba indirectamente por ficar abrangido pelos padrões, princípios e quadro normativo daquele organismo no que concerne aos direitos humanos, uma vez que a funciona de forma integrada com as suas várias agências e com a OMS em particular, do qual o país é membro. A ONU fixou em 2003 um entendimento comum sobre a abordagem baseada nos direitos humanos,²⁵ com vista ao desenvolvimento e um conjunto de ferramentas que constituem a base do direito à saúde que gira em torno de 4 critérios: o da **disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade (DAAQ)**.

Pelo critério da disponibilidade considera-se que Estado cumpre com o direito à saúde quando providencia serviços de saúde pública, instalações, bens e serviços de saúde disponíveis e funcionais em quantidade suficiente, com profissional qualificado e com medicamentos considerados essenciais conforme os padrões e directivas da OMS.²⁶ Com relação a este critério, não é necessário uma lupa, para avaliar a situação do direito a saúde em Moçambique, porque existem vários relatórios²⁷ e estudos que revelam que o país ainda não tem unidades hospitalares e sanitárias suficientes para a população. As unidades existentes não dão resposta às necessidades da população, faltam médicos e pessoal suficiente, quantidade insuficiente e funcionamento deficiente dos laboratórios quer por falta de técnicos e quer por falta de instrumentos de trabalho, escassez de medicamentos essenciais e em alguns casos os custos associados.

Com relação ao critério da acessibilidade, será analisado nas suas quatro dimensões, nomeadamente discriminação, acessibilidade física, económica e acesso à informação. As

²⁴ Vide Capítulo V, Direitos e Deveres Económicos, Sociais e Culturais; Vide Relatório de Moçambique (2016) no âmbito do Mecanismo de Revisão Periódica Universal (MRPU) no período de 2011 a 2016 p.3. Disponível em <http://www.upr-info.org/sites/default/files/document/mozambique/session_24_-_january_2016/unct_mozambique_upr24_moz_e_main.pdf>

²⁵ Reafirmada pelo Secretário Geral da ONU em 2008, através da *Policy Decision* 2008/18 que recomendou a OMS e a as Agências da ONU que trabalham na área da saúde para continuarem a reforçar a sua capacidade para integrar a abordagem baseada nos direitos humanos e advogar para os direitos humanos relacionados com a saúde. http://www.ohchr.org/Documents/Issues/ESCR/Health/HRBA_HealthInformationSheet.pdf

²⁶ CDESC Comentário Geral número 14 paragrafo 12, alínea a).

²⁷ Relatório de Moçambique no âmbito do MRPU (2016), p. 9.



instalações, bens e serviços de saúde devem ser acessíveis para todos no país sem discriminação, em particular para as populações mais vulneráveis e marginalizadas. Para a dimensão da acessibilidade física as instalações, bens e serviços de saúde devem estar a uma distância de acesso seguro para todos os segmentos populacionais e com acesso para pessoas com deficiência. Com relação a acessibilidade económica, os serviços devem ser economicamente acessíveis para todos incluindo os grupos mais empobrecidos (8). O acesso às instalações e serviços de saúde são em princípio gratuitos em Moçambique.²⁸

E por último, a dimensão do acesso a informação que implica o direito de procurar, receber e transmitir informação relacionada com a saúde. O Ministério da Saúde-MISAU tem feito campanhas visíveis sobre os problemas de saúde, o que é preciso aferir e se essa informação é devidamente recebida e transmitida tendo em conta as barreiras culturais e linguísticas e bem como tendo em conta a relação médico paciente e pessoal de saúde e se estes não constituem a principal barreira na transmissão da informação.²⁹

Para o critério da aceitabilidade, que se refere ao respeito pela ética médica, requisitos culturalmente apropriados, sensíveis ao género e às condições do ciclo da vida,³⁰ podemos realçar que as condições de atendimento, as enchentes e as longas filas de espera, associado ao cansaço do pessoal de saúde, muitas vezes tem criado dificuldades e constrangimento que resultam no mau atendimento, algumas vezes involuntário e colocando em risco a confidencialidade dos pacientes.³¹

Pelo critério da qualidade, os serviços e bens de saúde devem ser científicos e medicamente apropriados e de boa qualidade,³² constituindo obrigação do Estado o estabelecimento de um sistema regulatório para verificar a segurança e qualidade dos serviços e bens, tendo em conta o risco de falsificação.

A recente avaliação de Moçambique no último relatório do Mecanismo de Revisão Periódica Universal da ONU, o acesso da população aos serviços e profissionais de saúde é limitado, com apenas 36% da população com esse direito garantido, mesmo assim em

²⁸ Sujeitos a uma taxa mínima, incluindo serviços de internamento hospitalar nos termos da Lei 2/77 de 27 de setembro de 1977. (Lei que regula a criação de taxas de internamento hospitalar).

²⁹ CDESC Comentário Geral No. 14 paragrafo 12, alínea b).

³⁰ CDESC Comentário Geral No. 14 paragrafo 12, alínea c).

³¹ Não constitui novidade e existem relatos de pessoas que foram atendidas em condições que não permitem o respeito pela confidencialidade, em particular doentes de HIV/SIDA.

³² CDESC Comentário Geral Número. 14 Parágrafo 12, alínea d).



um espaço de 45 minutos a pé de distância e a *ratio* de profissionais de saúde/população é de 5.6 médicos para 100.000 habitantes.³³ Esses dados dizem muito sobre a situação e do caminho que se tem que percorrer para a realização do direito à saúde em Moçambique.

Conclusão

O direito à saúde em Moçambique é garantido, pelo menos em termos formais pelo legislador moçambicano através da Constituição, leis e dos vários instrumentos internacionais que abordam o direito à saúde e ratificados por Moçambique. Contudo, a perspectiva de protecção desse direito, no componente de acesso aos serviços de saúde e medicamentos essenciais não é o mais adequado, o que choca com a característica da universalidade do direito à saúde como direito humano.

O Estado moçambicano ainda está longe de assegurar a plenitude de acesso e cobertura universal aos serviços de saúde de forma equitativa em todo o território nacional, beneficiando as zonas urbanas e as populações residentes das zonas rurais, o que vale dizer que para essas populações não se pode falar em direito à saúde.

A falta de acesso e cobertura universal dos serviços de saúde constitui um impedimento na realização do direito à saúde, do qual destaca-se as longas distâncias percorridas pelos doentes, a baixa disponibilidade de infraestrutura hospitalar e pessoal de saúde qualificado, a pouca disponibilidade de medicamentos, qualidade dos serviços prestados e recursos humanos capacitados.

Não obstante este cenário pouco colorido, Moçambique tem tomado medidas e registado melhorias, embora não na velocidade desejada ou desejável. Porém, por se tratar de um direito de realização progressiva e dependente de recursos financeiros de que Estado dispõe não se poderá falar da violação do direito à saúde, pois o Estado só está obrigado até ao limite dos seus recursos desde que seja respeitado com relação ao direito à saúde o leque de obrigações mínimas essenciais relativas aos direitos económicos sociais e culturais.

³³ Relatório de Moçambique (2016) no âmbito do Mecanismo de Revisão Periódica Universal (MRPU), p. 9.



Referências

- 1 Ibrahim, F. Curso de Direito Previdenciário, Rio de Janeiro: Impetus, 2009
- 2 OMS, Folha Informativa Geral sobre o Direito à Saúde. Diploma Ministerial 54/2010, de 23 de Março. Disponível em http://www.who.int/selection_medicines/list/en/ [Acesso: 25 set 2016].
- 3 Humenhuk, H. **O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais.** Jus Navigandi, Teresina, 9 (22):227, Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4839>>, Acesso em 18 set 2016.¹
- 4 MOZAMBIQUE. Ministério da Saúde-MISAU. Plano Estratégico da Malária 2012-2016, Ministério da Saúde (PNCM), Disponível em http://www.misau.gov.mz/pt/programas/malaria/relatorio_de_malaria_2007. Acesso em 23 nov 2010.
- 5 Pessoa, E. A Constituição Federal e os Direitos Sociais Básicos ao Cidadão Brasileiro. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9623>. Acesso em 14 set 2016.
- 6 Moura Gomes, J. (2009). Acesso a medicamentos como direito humano. Tese de doutoramento defendida junto a Universidade de São Paulo-USP, 2009.
- 7 Mitano, F., Ventura, CAA., Lima, MCRAD., Balegamire, JB., Palha, PF. Direito à Saúde:(in) congruência entre o arcabouço jurídico e o sistema de saúde. Revista latino-americana de enfermagem, 24(1):1-7, 2016.
- 8 OMS. Preâmbulo da Constituição da OMS, Disponível em <<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf?ua=1>> Acesso: 16 set 2016.
- 9 Hunt, P.; Khosla, R. Acesso a medicamentos como um direito humano. Sur, Rev. int. direitos human. 5(8), 2008.
- 10 Kinney, E. D. The International Human Right to Health: What Does This Mean for Our Nation and World?. Indiana Law Review, 34: 1457, 2001.
- 11 Arroz, J (2016), Aumento dos Casos de Malária em Moçambique 2014: epidemia ou novo padrão de endemicidade?. Rev. de Saúde Pública (RSP), 50(5):2, 2016.
- 12 MOZAMBIQUE. Ministério da Saúde-MISAU. Programa Nacional de Controle da Malária: Plano Estratégico da Malária 2012-2016. Disponível em: <http://www.misau.gov.mz/pt/programas/malaria>. Acesso: 25 set 2016
- 13 Meneses, MPG. Medicina tradicional, biodiversidade e conhecimentos rivais em Moçambique. Disponível em < <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/150/150.pdf> > Acesso em 28 set 2016



14 Alston, P.; Goodman, R., International Human Rights: The Successor to International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals. England: Oxford University Press, 2013.

Recebido em: 19/12/2016
Aprovado em: 29/12/2016

Como citar este artigo:

Jona-Massarongo O. O Direito à Saúde como um direito humano em Moçambique. *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. 2016 dez., 5 supl. 1:152-164.



Medicalização e migrações internacionais: proteção de direitos e práticas de saúde no controle de fronteiras

Medicalization and international migration: protection of rights and health practices at border control

Medicalización y migración internacional: protección de derechos y prácticas de salud en el control de fronteras

Moisés Moreira Vieira¹

RESUMO: O trabalho tem como objetivo analisar os impactos da medicalização no controle de fronteiras dos países, identificando possíveis implicações para a prática médica e para os direitos dos migrantes internacionais. Para tanto, assume como objeto de análise as restrições de viagem relacionadas ao HIV/AIDS, existentes na legislação imigratória do Canadá. No que tange à metodologia utilizada, o estudo classifica-se como bibliográfico e documental. Quanto aos procedimentos metodológicos empregados, têm-se a leitura e a análise de materiais publicados sobre o tema, tais como livros, publicações em periódicos e artigos científicos, além do estudo e interpretação de informações que se encontram em documentos sem conteúdo analítico (leis, relatórios com dados estatísticos, etc.), conferindo-lhes importância como fonte de análise. O estudo verifica que a medicalização do controle de fronteiras obscurece a aferição da eficácia das restrições, enquanto instrumento de proteção da população, capaz de justificar o sacrifício de direitos dos migrantes soropositivos. Além disso, observa-se que o aumento da jurisdição dos profissionais da saúde contribui para o esvaziamento terapêutico da atividade médica, centrada em rotinas administrativas em detrimento do melhor interesse do migrante/paciente. Finalmente, nota-se que discursos e práticas médicas conhecem e produzem o migrante “saúdável”, apto a cruzar as fronteiras do Estado, num contexto de relações de poder, que violam direitos dos migrantes soropositivos.

Palavras-chave: Medicalização. Migração. Saúde. Direitos humanos.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the impacts of medicalization at border control, identifying possible implications for medical practice and international migrants' rights. For this purpose, it studies HIV-related restrictions imposed by Canada's immigration law. As for the methodology, the research is bibliographical and documental. Concerning methodological procedures, the paper draws on the reading and analysis of published materials on the subject, such as books, academic articles and papers, along with the interpretation of information found in documents without analytical content (laws, statistical reports, etc), granting them importance as a source of analysis. The paper demonstrates that medicalization of border control obscures the determination of the efficacy of such restrictions as a means to protect the population, capable of justifying the sacrifice of HIV-positive migrants. Furthermore, it argues that the expansion of health professionals' jurisdiction contributes to the therapeutical emptying of medical practices, centered around

¹ Mestre em Relações Internacionais pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Ex-bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa da Bahia (FAPESB). Graduado em Direito pela UFBA. Advogado. Salvador/Bahia, Brasil. E-mail: m.moreira.vieira@gmail.com



administrative routines to the detriment of the best interest of migrants/patients. Finally, the paper contends that medical discourses and practices enable the knowledge and production of the “healthy” migrant, able to cross states’ borders, which violate HIV-positive migrants’ rights.

Keywords: Medicalization. Migration. Health. Human rights.

RESUMEN: El estudio tiene como objetivo analizar los impactos de la medicalización en el control de las fronteras de los países, identificando las posibles implicaciones para la práctica médica y para los derechos de los migrantes internacionales. Para este propósito, se toma como objeto de análisis las restricciones de viaje relacionadas con el VIH / SIDA, presentada por la legislación de inmigración existente en Canadá. En cuanto a la metodología utilizada, el estudio se clasifica como bibliográfico y documental. Acerca de los procedimientos metodológicos empleados, han sido la lectura y el análisis de los materiales publicados sobre el tema, tales como libros, publicaciones en revistas y artículos científicos, además del estudio y la interpretación de las informaciones que se encuentran en los documentos sin contenido analítico (leyes, informes con datos estadísticos, etc.), dándoles importancia como fuente de análisis. El estudio revela que la medicalización del control de fronteras oscurece la medición de la eficacia de las restricciones como herramienta de protección de la población, capaz de justificar el sacrificio de los derechos de los migrantes VIH-positivos. Por otra parte, se observa que el aumento de la competencia de los profesionales de la salud contribuye a la disección terapéutica de la actividad médica, y se centra en las rutinas administrativas a expensas de los mejores intereses del migrante / paciente. Por último, observamos que los discursos y las prácticas médicas conocen y producen el migrante “sano”, capaz de cruzar las fronteras estatales en el contexto de las relaciones de poder, que violan los derechos de los migrantes VIH-positivos.

Palabras-clave: Medicalización. Migración. Salud. Derechos humanos.

Introdução

A saúde tem sido um elemento comumente considerado na regulação dos fluxos migratórios internacionais. A entrada do estrangeiro no território dos países mostra-se condicionada, dentre outros requisitos, a seu estado de saúde, exigindo-se um controle de fronteiras apto a identificar migrantes “doentes” e “saudáveis”, numa profunda articulação entre a medicina e o poder político. Neste processo, não apenas se protege – ou se tentar proteger – as comunidades domésticas contra doenças, alegadamente trazidas pelo estrangeiro; direitos humanos tornam-se passíveis de aviltamento e as práticas médicas se transformam, incorporando elementos que ultrapassam o exercício da cura.

Diante disso, este trabalho tem como objetivo analisar os impactos da medicalização no controle de fronteiras dos países, identificando possíveis implicações para a prática médica e para os direitos dos migrantes internacionais. Para tanto, assume como objeto de



análise as restrições de viagem relacionadas ao HIV/AIDS, existentes na legislação imigratória do Canadá.

Além da introdução e considerações finais, o estudo se desenvolve em três seções. Na primeira delas, procede-se à análise das dimensões da medicalização, apresentando-se as principais abordagens contemporâneas sobre o tema, que se integram na compreensão do fenômeno. Nessa esteira, discutem-se os aspectos relacionados à abordagem conceitual, à expansão da jurisdição social dos profissionais da saúde sobre uma parcela crescente da vida humana, e o emprego de discursos e práticas, não apenas para conhecer, mas também para produzir o corpo, num campo complexo de relações de poder.

Na segunda seção do trabalho, analisam-se as restrições de viagem relacionadas ao vírus HIV, existentes na legislação do Canadá. Descrevem-se as principais diretrizes relacionadas ao regramento da entrada e permanência de migrantes soropositivos no território do país, enfocando o desenvolvimento e consequências do exame médico imigratório. Neste ponto, demonstra-se que, embora a infecção por HIV não conste como causa explícita de exclusão sumária de estrangeiros, prevalece, como regra, a rejeição dos migrantes que vivem com o vírus.

Em sua terceira seção, o estudo argumenta que a medicalização do controle de fronteiras obscurece a aferição da eficácia das restrições, enquanto instrumento de proteção da população, capaz de justificar o sacrifício de direitos dos migrantes soropositivos. Além disso, observa-se que o aumento da jurisdição dos profissionais da saúde contribui para o esvaziamento terapêutico da atividade médica, centrada em rotinas administrativas em detrimento do melhor interesse do migrante/paciente. Finalmente, nota-se que discursos e práticas médicas conhecem e produzem o migrante “saudável”, apto a cruzar as fronteiras do Estado, num contexto de relações de poder, que violam direitos dos migrantes soropositivos.

No que tange à metodologia utilizada, o estudo classifica-se como bibliográfico e documental. Quanto aos procedimentos metodológicos empregados, têm-se a leitura e a análise de materiais publicados sobre o tema, tais como livros, publicações em periódicos e artigos científicos, além do estudo e interpretação de informações que se encontram em documentos sem conteúdo analítico (leis, relatórios com dados estatísticos, etc.), conferindo-lhes importância como fonte de análise.



Com o estudo dos impactos da medicalização sobre o controle de fronteiras, este trabalho busca oferecer uma leitura crítica das práticas médicas no governo da mobilidade humana e suas implicações para a defesa (ou violação) dos direitos humanos do estrangeiro, iluminando aspectos obscurecidos pela forte retórica de proteção da saúde.

Dimensões da medicalização: abordagens contemporâneas

A medicalização pode ser analisada a partir do estudo de três abordagens distintas, mas interrelacionadas (01). A primeira enfatiza o elemento conceitual da medicalização; a segunda debruça-se sobre a expansão da jurisdição dos profissionais da saúde, especialmente, dos médicos; a última perspectiva, por sua vez, sem desconsiderar as abordagens anteriores, enfoca discursos e práticas médicas que conhecem e produzem o corpo. Como anteriormente dito, tais perspectivas não se excluem, enfatizando diferentes dimensões e efeitos do ato de medicalizar.

Enfocando o aspecto conceitual, Peter Conrad (02) explica que “Medicalization consists of defining a problem in medical terms, using medical language to describe a problem, adopting a medical framework to understand a problem, or using a medical intervention to treat it.” Em outros termos, a medicalização descreve um processo através do qual situações passam a ser conceituadas, compreendidas e tratadas como problemas médicos, realizando-se intervenções médicas para sua resolução.

Além de definir e tratar problemas em termos de saúde e doença, a medicalização também promove a expansão da jurisdição social dos profissionais da medicina, aumentando sua influência no processo de tomadas de decisão sobre uma crescente parcela da vida humana (03):

The power vested in doctors is enormous: they make decisions about employ ability, fitness to marry and to have children, the right to have an abortion, the time a person is allowed to die, competence to enter into contracts, adopt children or rear one's own children, or about incarceration in mental asylums. Their authoritarian judgement is sought on correct eating, sexual behaviour and the use of leisure time. (04)

A influência dos médicos sobre uma gama cada vez maior dos fenômenos individuais e da população qualifica a medicina como uma importante instância de controle social, que constrói julgamentos objetivos, moralmente neutros, proferidos em nome da saúde (05). Reconhecendo-se que o controle social é problema relevante para o poder político,



entende-se por que o Estado passa a estabelecer uma íntima relação com os profissionais da saúde, utilizando sua *expertise* para objetivos políticos e econômicos (06). O estreitamento dos laços entre os profissionais da saúde e o Estado, faz com que a medicina assuma um lugar cada vez mais importante nas estruturas administrativas e nos mecanismos do poder, penetrando progressivamente em diferentes instâncias de seu exercício e demandando dos médicos cada vez mais a realização de atividades e tarefas administrativas fixadas pelo Estado (07).

A medicalização também pode ser analisada a partir dos discursos e práticas médicas através dos quais o corpo é conhecido e produzido, num reflexo de complexas relações de poder que se imbricam na construção do conhecimento. Ecoando o pensamento de Michel Foucault, esta perspectiva não compreende o poder apenas de maneira coercitiva e negativa. As relações de poder são também produtoras da realidade, da “verdade” e dos sujeitos. Além disso, estas relações não são externas aos processos econômicos, culturais, institucionais ou cognitivos. Efetivamente, poder e saber são mutuamente constituídos, de forma que não existem relações de poder sem suas correspondentes formas de conhecimento. O poder produz conhecimento e o conhecimento, por sua vez, produz o poder (08).

Este complexo de poder e conhecimento dá origem a modos particulares de entender o “eu”, o corpo e a saúde, delineando a subjetividade e a identidade do indivíduo ao tempo em que desafia convicções sobre uma essência do sujeito, constituída independentemente de discursos e práticas (09). Na esteira deste entendimento é que se afirma que os discursos e práticas médicas não apenas conhecem o corpo, mas também o produzem, refletindo as relações de poder entre os elementos envolvidos. Medicalizar, portanto, é empregar discursos e práticas não apenas para conhecer, mas também para produzir o corpo num campo complexo de relações de poder.

Restrições de viagem relacionadas ao HIV/AIDS: comentários sobre a lei imigratória canadense

O Canadá é globalmente conhecido por ser um país rico, cujo sistema de saúde é um dos mais eficientes do mundo. A resposta canadense ao HIV também se destaca dentre as ações de saúde do Estado, tanto nacional quanto internacionalmente, destacando o sucesso do país em reduzir os casos de pessoas que vivem com o vírus dentro de suas



fronteiras e sua posição de liderança na resposta global à AIDS (10). Em contradição com sua posição de destaque na resposta global ao HIV/AIDS, o Canadá, em 2002, modificou sua legislação imigratória para passar a exigir exame específico para detecção de HIV para estrangeiros que pretendem permanecer em seu território por mais de seis meses, dificultando o ingresso de migrantes soropositivos no país.

O exame médico imigratório é procedimento obrigatório para residência temporária (superior a seis meses) e permanente no Canadá. O procedimento é realizado, exclusivamente, por médicos credenciados, membros do *Panel Physician Program*, responsável por um detalhamento minucioso do estado de saúde do estrangeiro que intenta ingressar no território do país, através de testes que poderão incluir: exames físicos, mentais, revisão do histórico médico, exames laboratoriais e avaliação de registros de saúde apresentados pelo migrante.

Os resultados dos testes conduzem à elaboração do prontuário médico do migrante, que deverá ser encaminhado para o departamento de imigração canadense – *Citizenship Immigration Canada* (CIC). Recebido o prontuário, a equipe médica do referido departamento deverá proceder à avaliação das condições de saúde do estrangeiro, produzindo informações que informarão e legitimarão a tomada de decisão pela autoridade imigratória.

O objetivo do exame médico imigratório é verificar se a condição de saúde do migrante oferece perigo à saúde pública, perigo à segurança pública e/ou se implicará demandas excessivas por serviços sociais e de saúde. Sobre eventual excesso de demanda, a lei de imigração considera que o migrante será considerado inadmissível se a) os prováveis custos dos serviços sociais e de saúde que lhes forem dispensados excederem aqueles do residente “médio” e b) sua demanda por estes serviços incrementar as listas de espera por serviços públicos, aumentando a mortalidade e morbidez no Canadá, pela demora ou impossibilidade de acesso a estes serviços pelos cidadãos canadenses e residentes permanentes. O cálculo para aferir o excesso de demanda deve ainda, atender ao requisito temporal:

The estimated financial burden of someone applying to enter or remain in Canada is calculated over a five-year period from the date of the person's most recent immigration medical examination. According to the Regulations, the period of time may be extended to 10 years if there is evidence that



significant costs are likely to be incurred beyond five years (such as in the case of HIV infection). The contributions the individual is expected to make to Canada, whether economic or social, are not taken into account. (11)

O Canadá não possui em sua legislação o HIV como causa explícita de exclusão sumária de migrantes. Além disso, pessoas que vivem com o vírus não são consideradas como um perigo à saúde ou segurança pública. A infecção pelo HIV, em regra, não impossibilita a entrada e permanência do estrangeiro no país por período igual ou inferior a seis meses, tendo em vista que, nestes casos, o estrangeiro não é elegível para uso de serviços de saúde; ocorre, assim, uma presunção de que não implicará demandas excessivas por estes serviços. Efetivamente, migrantes que desejam permanecer no país pelo referido período nem sequer submetem-se ao exame médico imigratório, reservado aos casos em que se verifique estado explícito de doença ou necessidade de hospitalização. A situação se modifica, no entanto, se o migrante intenta permanecer por mais de seis meses no Canadá ou fixar residência permanente no país.

Para permanência temporária superior a seis meses, o exame médico é obrigatório caso o migrante, no ano anterior ao pedido de entrada no Canadá, tenha residido – por seis ou mais meses consecutivos – num dos países identificados com maior prevalência de certas doenças comunicáveis. Se detectada infecção por HIV, o migrante se submeterá à avaliação da demanda excessiva e será declarado medicamente inadmissível se, durante a sua permanência, seja provável que ocasionará gastos públicos superiores à média dos cidadãos e residentes permanentes e/ou sua demanda por serviços públicos implique demora ou impossibilidade do acesso destes últimos à assistência médica e social, aumentando-se, assim, os índices de morbidade e mortalidade no Canadá. Nos casos de pedido de residência permanente, todo migrante deverá se submeter ao exame médico imigratório no qual se verificará, dentre outros, a existência de infecção por HIV/AIDS. Sendo o estrangeiro soropositivo, realizar-se-á a avaliação para determinar se sua entrada no país implicará demanda excessiva.

No entanto, a questão se problematiza, pois, segundo o *Citizenship Immigration Canada* (CIC), em suas recomendações aos médicos responsáveis pelo exame de imigração,

HIV infection will frequently meet the CIC criteria of excessive demand due principally to the high cost of drug therapy. The costs of antiviral therapy are borne entirely by some provinces and territories and, in some provinces and



territories, the patient pays a small proportion thereof. [...] It should be noted that a large majority of HIV-infected applicants will meet the criteria of excess demand, but there will be a small proportion which will qualify for admittance. Any applicant currently receiving ARV is inadmissible based on excess demand. (12)

Em outras palavras, migrantes que tenham iniciado tratamento com medicação antirretroviral serão inexcusáveis considerados medicamente inadmissíveis pelo critério da demanda excessiva. Aqueles que não o tenham começado passarão por uma avaliação que estimará se, no curso dos dez anos seguintes, iniciarão o referido tratamento. Caso afirmativo, também não deverão ser admitidos. Ademais, como os antirretrovirais são financiados pelo Estado – encontrando-se disponíveis para todos os cidadãos e residentes permanentes – a contratação de seguro médico ou plano de saúde não garante que o estrangeiro não fará uso dos serviços públicos, não servindo, assim, como prova para afastar o critério da demanda excessiva (13). Diante do exposto, compreende-se que as recomendações do CIC aos médicos responsáveis pelo exame migratório estabelecem que – embora o HIV não conste como causa explícita de exclusão sumária de estrangeiros – a regra é que migrantes soropositivos sejam rejeitados e não que sua permanência seja permitida.

Deve-se registrar que – embora se submetam ao exame médico migratório – algumas classes específicas não se sujeitam ao critério da demanda excessiva por serviços médicos e de saúde. Refugiados e aqueles considerados em necessidade de proteção não serão avaliados quanto ao referido requisito; a seus cônjuges, companheiros e filhos dependentes também não se aplica o critério aludido. Igualmente, encontram-se isentos o cônjuge, companheiro ou filho dependente de cidadão canadense ou residente permanente, assim como os filhos por estes havidos.

Medicalização do controle de fronteiras e restrições relacionadas ao HIV/AIDS: repercussões nas práticas médicas e nos direitos dos migrantes soropositivos

Em países com barreiras, o ingresso de migrantes soropositivos é concebido como um problema que se explica a partir do discurso médico: estrangeiros com HIV são uma ameaça à saúde pública, causam demandas excessivas por serviços sociais e de saúde, além de aumentarem a morbidade e mortalidade de cidadãos e residentes, ao restringirem



seu acesso a serviços médicos. Tomando a entrada de migrantes com o vírus como um “problema” a ser enfrentado, os Estados explicam as restrições de viagem a partir de uma terminologia médica, centrada nos conceitos de saúde e doença.

Mais não apenas isso: o problema também requer a atuação do aparato médico, incutido na estrutura do Estado, para que possa ser solucionado ou minimizado. Daí a contratação de médicos, credenciados para a realização do exame médico imigratório, cuja função fundamental é a detecção de doenças que inabilitem o migrante a cruzar as fronteiras nacionais. Ainda que as barreiras não possam “blindar” a população contra o HIV, detectar a infecção pelo vírus no estrangeiro e proibir sua entrada no país é medida que não pode ser dispensada.

O emprego do discurso médico para explicar as restrições relacionadas ao HIV e – propor intervenções para sua administração – deve ser analisado com cautela, pois os rótulos “saúde” e “doença” detêm forte potencial de despolitizar os fenômenos humanos (14); neste sentido, afastam a problematização de premissas, que se tornam um fato dado e natural, promovendo acriticamente determinadas agendas que se valem da retórica da saúde. A despolitização trazida pelo emprego desta terminologia pode ser explicada pela potência do imperativo por uma vida saudável, livre de doenças, e pela força do apelo à saúde como bem necessário e desejável (15).

Medicalizar o controle de fronteiras enfraquece a problematização sobre se o estabelecimento de restrições de viagem é uma medida necessária e eficaz para a segurança da população, que justificaria o sacrifício de direitos dos migrantes soropositivos. Descrever o ingresso destes migrantes no território do país como um problema, inteligível a partir da referência à saúde da população, retira as barreiras de viagem do campo do questionamento, emprestando-lhe, a um só tempo, a força e a incontestabilidade do imperativo da saúde.

Consistindo noutro aspecto da medicalização, a expansão da jurisdição social dos profissionais da saúde, acompanhada da incorporação dos médicos nos aparatos estatais para exercício do poder, mostra-se nitidamente verificável no controle de fronteiras dos países com restrições de viagem relacionadas ao HIV/AIDS. Exemplo elucidativo é a realização do exame médico imigratório, no caso do Canadá, que incute os profissionais da saúde nas estruturas do Estado, realizando funções eminentemente administrativas, essenciais para o exercício do poder político na regulação dos fluxos migratórios:



Their work is centrally organized around completing forms, collating documents, commissioning and attesting to the authenticity of diagnostic tests and safeguarding against identity fraud. Panel Physicians are first stage data collectors of information that enables informed decision-making about an applicant's medical inadmissibility to Canada. (16)

A realização de tarefas administrativas não se confunde com a perda de autoridade sobre a regulação das migrações. Ressaltando a importância dos médicos como atores centrais, na linha de frente do sistema de imigração, Laura Bisailon e Carolyn Ells (17) explicam que

While the Panel Physicians' legal enforcement work is a great deal subtler than that of the border control agent (in the absence of a mandated uniform, weapon and physical position at a frontier), the two roles are organized within relations that embody the state's power. Through the work of both of these figures, important state gatekeeping functions are achieved.

A expansão da jurisdição social dos médicos, abrangendo o controle de fronteiras, fomenta inquietações. Embora muitas vezes a medicina se afirme como a ciência da cura, a serviço dos interesses dos pacientes, médicos nos serviços de saúde pública, ocupando cargos na maquinaria estatal, possuem, pela natureza do seu vínculo, diferentes fidelidades (18). No contexto das restrições de viagem relacionadas ao HIV, a lógica organizacional do trabalho é a detecção do vírus para fundamentar a exclusão do migrante soropositivo, mediante um esvaziamento da função terapêutica associada à atividade médica:

We see that the IME [immigration medical examination] has above all to do with medico-administrative duties to the state rather than therapeutic relations of care or the responsibility of patient best interest, and that these arrangements lead DMPs [designated medical practitioner] to work in contravention of principles guiding medical practice. (19)

Problemas como a ausência de consentimento informado, a falta de aconselhamento anterior e após os exames e a utilização dos dados médicos do migrante para fins diversos da análise clínica são procedimentos comumente observados no controle de fronteiras do Canadá (20). Os padrões médicos não são dispensados pelas leis, regulamentações e códigos de ética em vigência no país, mas se observa que tais disposições entram em conflito com evidências empíricas identificadas (21).



No controle de fronteiras medicalizado, a incorporação dos médicos, no aparato estatal, ocorre mediante uma crescente realização de tarefas administrativas, através das quais o poder político é exercido, produzindo relações de empoderamento recíprocas. Este processo, no entanto, enfraquece a função terapêutica da clínica médica, vinculando a atividade dos profissionais da saúde aos interesses do Estado. O migrante soropositivo – menos como sujeito de direitos e mais como corpo a ser governado – personifica o esvaziamento terapêutico da medicina no controle de fronteiras.

O exame médico imigratório é realizado através de um longo processo administrativo, centrado no preenchimento de formulários, juntada de documentos, interpretação de exames, elaboração de diagnósticos, verificação da autenticidade dos resultados, preparação de prontuários, além de outros procedimentos que o médico encarregado julgue necessário para construir o mais perfeito quadro da saúde do migrante. A partir deste emaranhado de dados, informações e interpretações é que se obtém – ou, em outros termos, se produz – o estrangeiro enquanto corpo “doente” ou “saudável” e, assim, aceitável ou inaceitável para cruzar as fronteiras do país. Como explica Laura Bisailon (22) sobre o exame médico imigratório no Canadá:

A medical file can thus be seen as more than a report of disease status: it brings into view specific medical conditions, while excluding others, and creates the conceptual boundaries that define an acceptable immigrant.

Esta produção de conhecimento acerca do corpo do migrante não ocorre de maneira neutra sob o ponto de vista do poder. A realização do exame médico imigratório – e o desenvolvimento de todo o processo burocrático de coleta e interpretação de dados – toma lugar em meio a complexas relações entre o paciente/migrante e o médico/guardião das fronteiras do Estado. A racionalidade da interação entre o migrante e o médico é baseada na responsabilidade deste último em detectar doenças no corpo do estrangeiro, reportar resultados à autoridade imigratória para, finalmente, tomar lugar sua exclusão. Mediante uma sequência de práticas administrativas, que esvaziam o caráter terapêutico da clínica, o médico se faz autoridade, determinando condutas e impondo significados ao corpo do migrante.

O exercício do poder no exame médico imigratório é notório em momentos diversos da avaliação. Por exemplo, no caso do Canadá, o teste de HIV deve ser realizado



mediante o consentimento informado do migrante, que deve conceder permissão para ser examinado quanto à infecção pelo vírus. No entanto, candidatos à imigração (ou permanência superior a seis meses) não têm escolha a não ser submeter-se ao procedimento, fazendo com que a solicitação do exame seja muito mais uma notificação prévia acerca da realização mandatória do teste do que uma requisição de consentimento (23).

O aconselhamento após a realização do teste de HIV, especialmente nos casos de detecção de infecção pelo vírus, é registrado em documento padronizado que atesta que o migrante foi orientado acerca de sua condição, incluindo estratégias de redução de riscos e uma discussão sobre a adoção de providências subsequentes. No entanto, como explica Laura Bisailon e Carolyn Ells (24)

In signing this form, applicants attest to receiving HIV post-test counselling after diagnosis whether they have or not. Persons report feeling bound to sign the “Acknowledgement of post-testing counseling” form as part of their efforts to immigrate. [...] Indeed, applicants have little choice in the matter because a finalized medical file for an HIV-positive applicant must include this form signed by the applicant, the Panel Physician, and an expert witness or counsellor.

Conhecimento e poder se interrelacionam na complexidade do exame médico imigratório enquanto um conjunto de discursos e práticas médico-administrativas, direcionadas para conhecer e produzir o corpo do migrante como “saudável” ou “doente”, “aceitável” ou “inaceitável” para cruzar as fronteiras dos países. Este entendimento e produção do corpo do estrangeiro toma lugar mediante relações de poder entre pacientes/migrantes e médicos/guardiões das fronteiras nacionais, indissociáveis da produção de conhecimento sobre o sujeito. Neste contexto, as restrições de viagem relacionadas ao HIV não apenas situam o corpo do migrante soropositivo nas fronteiras do Estado; efetivamente, o corpo carrega, em si próprio, a fronteira ao ser investido de marcadores biológicos que determinam sua inclusão ou exclusão do território dos países (25).



Considerações finais

A análise dos impactos da medicalização sobre o controle de fronteiras permite identificar a transformação das práticas médicas, enquanto exercício da cura, incorporando elementos dissidentes de sua função terapêutica, numa profunda articulação entre os profissionais da saúde e o poder político. Além disso, com o estudo da medicalização do controle de fronteiras, verifica-se que os direitos humanos dos migrantes, que buscam sua entrada no território estrangeiro, são comumente negligenciados, num processo que obscurece o aviltamento de direitos, invocando a defesa da saúde nas comunidades domésticas. A análise das restrições de viagem relacionadas ao HIV, existentes na legislação canadense, permite aprofundar a compreensão do fenômeno.

Medicalizar é conceituar, compreender e tratar situações como problemas médicos, realizando-se intervenções médicas para sua resolução. A legislação imigratória canadense configura um controle de fronteiras medicalizado, pois a entrada de migrantes soropositivos é concebida enquanto problema que se explica por referência ao binômio saúde/doença, sendo abordado mediante a atuação do aparato médico, incutido na estrutura do Estado, responsável pela detecção do vírus no migrante que pretende cruzar as fronteiras nacionais.

No entanto, deve-se lembrar que descrever o ingresso de migrantes soropositivos no território dos países como um problema, inteligível a partir da referência à saúde da população, retira as barreiras de viagem do campo do questionamento, emprestando-lhe, a um só tempo, a força e a incontestabilidade do imperativo da saúde. Neste contexto, tem-se que medicalizar o controle de fronteiras enfraquece a problematização sobre se as restrições de viagem são uma medida necessária e eficaz para a segurança da população, despolitizando seu estabelecimento; além disso, tal despolitização permite a promoção acrítica de agendas específicas, que se valem da retórica da saúde como fundamento de legitimidade.

Medicalizar o controle de fronteiras também significa estender a jurisdição dos profissionais da saúde para a tomada de decisões acerca do ingresso no território dos países. Neste processo, a medicina se fortalece enquanto instância de controle social e garante ao Estado a força de julgamentos objetivos, moralmente neutros, proferidos em nome da saúde. Numa relação de empoderamento recíproco, os médicos se infiltram



progressivamente nas instâncias do poder, realizando, cada vez mais, atividades administrativas fixadas pelo poder político.

No controle de fronteiras canadense, o trabalho dos profissionais de saúde responsáveis pelo exame médico imigratório é eminentemente administrativo, centralizado no preenchimento de formulários, autenticação de resultados de testes e juntada de documentos necessários para a construção de um perfil médico do migrante. A realização de tarefas administrativas não se confunde, no entanto, com a perda da autoridade sobre a regulação das migrações. Os profissionais da medicina exercem grande influência na elaboração dos critérios de imigração, realizam os exames imigratórios, além de elaborarem pareceres sobre a possibilidade de demandas excessivas, que embasarão a decisão última tomada pelas autoridades imigratórias.

A expansão da jurisdição social dos médicos, abrangendo o controle de fronteiras, fomenta inquietações. Embora muitas vezes a medicina se afirme como a ciência da cura, a serviço dos interesses dos pacientes, médicos nos serviços de saúde pública, ocupando cargos na maquinaria estatal, podem possuir, pela natureza do seu vínculo, diferentes fidelidades. No contexto das restrições de viagem relacionadas ao HIV, a lógica organizacional do trabalho é a detecção do vírus para fundamentar a exclusão do migrante soropositivo, mediante um esvaziamento da função terapêutica associada à atividade médica. O migrante soropositivo – menos como sujeito de direitos e mais como corpo a ser governado – personifica o esvaziamento terapêutico da medicina no controle de fronteiras.

Por fim, pode-se dizer que medicalizar é empregar discursos e práticas não apenas para conhecer, mas também para produzir o corpo num campo complexo de relações de poder. A análise do funcionamento das restrições de viagem relacionadas ao HIV permite compreender a operação desta dinâmica. O exame médico imigratório é realizado através de um longo processo administrativo, centrado no preenchimento de formulários, juntada de documentos, interpretação de exames, elaboração de diagnósticos, verificação da autenticidade dos resultados, preparação de prontuários, além de outros procedimentos que o médico encarregado julgue necessário para construir o mais perfeito quadro da saúde do migrante. A partir deste emaranhado de dados, informações e interpretações é que se obtém – ou, em outros termos, se produz – o estrangeiro enquanto corpo “doente” ou “saudável” e, assim, aceitável ou inaceitável para cruzar as fronteiras do país.



Esta produção de conhecimento acerca do corpo do migrante não ocorre de maneira neutra sob o ponto de vista do poder. A realização do exame médico imigratório – e o desenvolvimento de todo o processo burocrático de coleta e interpretação de dados – toma lugar em meio a complexas relações entre o paciente/migrante e o médico/guardião das fronteiras do Estado. A racionalidade da interação entre o migrante e o médico é baseada na responsabilidade deste último em detectar doenças no corpo do estrangeiro, reportar resultados à autoridade imigratória para, finalmente, tomar lugar sua exclusão. Mediante uma sequência de práticas administrativas, que esvaziam o caráter terapêutico da clínica, o médico se faz autoridade, determinando condutas e impondo significados ao corpo do migrante.

Direitos humanos são relativizados na execução do exame médico imigratório, tal como se verifica na manifestação de consentimento para sua realização, que mais se assemelha ao atendimento de uma notificação mandatória, tendo em vista que a recusa do migrante implicará sua inescapável rejeição. A ausência de aconselhamento anterior e posterior aos testes para detecção do HIV também ilustra como o aviltamento dos direitos dos migrantes toma lugar num controle de fronteiras medicalizado, que delimita os contornos de um migrante “saudável” e, por isso, aceitável para o ingresso na comunidade doméstica.

Referências

1. ELBE S. *Security and Global Health*. Cambridge: Polity; 2010.
2. CONRAD, P. Medicalization and Social Control. *Annual Review of Sociology*, 1992, 18 (1): 209-232.
3. ELBE, S. AIDS, Security, Biopolitics. *International Relations*, Londres, 2005, 19, (4): 403-419.
4. SKRABANEK P. *The Death of Humane Medicine and the Rise of Coercive Healthism*. Suffolk: Social Affairs Unit; 1994.
5. ZOLA, I K. Medicine as an Institution of Social Control. *The Sociological Review*, 1972, 20, (4): 487-504.
6. SKRABANEK P. *The Death of Humane Medicine and the Rise of Coercive Healthism*. Suffolk: Social Affairs Unit; 1994.



7. Foucault M. *Microfísica do Poder*. Tradução de Roberto Machado. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal; 1998.
8. EDKINS J. *Poststructuralism and International Relations: Bringing the Political Back In*. Colorado: Lynne Rienner Publishers; 1999.
9. Elbe S. *Security and Global Health*. Cambridge: Polity; 2010.
10. Public Health Agency of Canada. *HIV/AIDS*. Canada, 2016. [Acesso em 08 maio 2015] Disponível em: <http://www.phac-aspc.gc.ca/aids-sida/index-eng.php>.
11. Canadian HIV/AIDS Legal Network. *Canada's Immigration Policy and How it Affects People Living with HIV*. Canadá, 2016. [Acesso em 12 dez 2015] Disponível em: <http://www.aidslaw.ca/site/canadas-immigration-policy-as-it-affects-people-living-with-hiv-questions-and-answers/>.
12. Canadá. *Citizenship Immigration Canada*. Canadá, 2016. [Acesso em 02 dez.2014] Disponível em: <http://www.cic.gc.ca/english/>.
13. Canadian HIV/AIDS Legal Network. *Canada's Immigration Policy and How it Affects People Living with HIV*. Canadá, 2016. [Acesso em 12 dez 2015] Disponível em: <http://www.aidslaw.ca/site/canadas-immigration-policy-as-it-affects-people-living-with-hiv-questions-and-answers/>.
14. ZOLA, I K. Medicine as an Institution of Social Control. *The Sociological Review*, 1972, 20, (4): 487-504.
15. HOWEL, A. Toward an International Political Sociology of Health and Medicine. *International Political Sociology*, 2012, 06, (3): 315-316.
16. BISAILLON, L. ELLS, C. When Doctoring is not about Doctoring: An Ethical Analysis of Practices Associated with Canadian Immigration HIV Testing. *Public Health Ethics*, 2014, 11, (1): 01-11.
17. BISAILLON, L. ELLS, C. When Doctoring is not about Doctoring: An Ethical Analysis of Practices Associated with Canadian Immigration HIV Testing. *Public Health Ethics*, 2014, 11, (1): 01-11.
18. SKRABANEK P. *The Death of Humane Medicine and the Rise of Coercive Healthism*. Suffolk: Social Affairs Unit; 1994.
19. BISAILLON, L. Contradictions and Dilemmas Within the Practice of Immigration Medicine. *Canadian Journal of Public Health*, 2013, 104, (1): 45-51.



20. BISAILLON, L. ELLS, C. When Doctoring is not about Doctoring: An Ethical Analysis of Practices Associated with Canadian Immigration HIV Testing. *Public Health Ethics*, 2014, 11, (1): 01-11.
21. BISAILLON, L. Contradictions and Dilemmas Within the Practice of Immigration Medicine. *Canadian Journal of Public Health*, 2013, 104, (1): 45-51.
22. BISAILLON, L. Contradictions and Dilemmas Within the Practice of Immigration Medicine. *Canadian Journal of Public Health*, 2013, 104, (1): 45-51.
23. BISAILLON, L. ELLS, C. When Doctoring is not about Doctoring: An Ethical Analysis of Practices Associated with Canadian Immigration HIV Testing. *Public Health Ethics*, 2014, 11, (1): 01-11.
24. BISAILLON, L. ELLS, C. When Doctoring is not about Doctoring: An Ethical Analysis of Practices Associated with Canadian Immigration HIV Testing. *Public Health Ethics*, 2014, 11, (1): 01-11.
25. Vieira M. *Biopolíticas de Exclusão: HIV/AIDS no controle de fronteiras* [Dissertação]. Salvador: Programa de Pós-graduação em Relações Internacionais, Universidade Federal da Bahia; 2016.

Recebido em: 15/6/2016
Aprovado em: 18/7/2016

Como citar este artigo:

Vieira MM. Medicalização e migrações internacionais: proteção de direitos e práticas de saúde no controle de fronteiras. *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. 2016 dez., 5 supl. 1:165-181.