

**AÑO 4\_Nº 4**

**Junio 2020**

**ISSN** (Ver. impresa): 2591-3468

**ISSN** (Ver. online): 2591-3476

REVISTA DE ESTUDIO

30 AÑOS \_ *Saber y Saber Hacer*



REVISTA

# **Derecho y Salud**

JOURNAL OF LAW AND HEALTH

Revista de la Sala de Derecho a la Salud  
Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ)  
Universidad Blas Pascal



REVISTA

# Derecho y Salud

---

SALA DE DERECHO A LA SALUD

*INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS JURIDICAS (IDI-CJ)*  
*UNIVERSIDAD BLAS PASCAL*

---

*Año 4 · Nro. 4 · Junio 2020 // ISSN (Versión impresa): 2591-3468 · ISSN (Versión online): 2591-3476*



REVISTA

# Derecho y Salud

---

## Consejo Editorial

• **Directora: Claudia E. Zalazar**

*Magistrada del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba y Presidenta de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal (Arg.).*

• **Secretario: Gonzalo G. Carranza**

*Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid (España), Secretario de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal (Arg.).*

## Consejo Científico

- **Antonio Arroyo Gil**, Facultad de Derecho, Univ. Autónoma de Madrid (España);
- **Marcelo Bernal**, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Univ. Nacional de Córdoba (Arg.);
- **María Casado**, Centro de Investigación Observatorio de Bioética y Derecho (Obd), Univ. de Barcelona (Esp.);
- **Guillermo C. Ford Ferrer**, Director de la Carrera de Abogacía, Univ. Blas Pascal (Arg.);
- **Cláudia Lima Marques**, Facultad de Derecho, Universidade do Rio Grande do Sul (Brasil);
- **Silvia López Safi**, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Univ. Nacional de Asunción (Par.);
- **Claudia Madies**, Centro de Estudio e Investigación en Derecho Sanitario y Bioderecho, Univ. Isalud (Arg.);
- **Sandra Regina Martini Vial**, Instituto de Estudios Avanzados, Univ. de Sao Paulo (Br.);
- **Néstor Pisciotto**, Secretario de Investigación y Desarrollo, Univ. Blas Pascal (Arg.);
- **Susana Sánchez Ferro**, Facultad de Derecho, Univ. Autónoma de Madrid (Esp.);
- **Domingo Antonio Viale**, Director del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas, Univ. Blas Pascal (Arg.);
- **Virginia Zambrano**, Departamento de Estudios Políticos y Sociales, Univ. de Salerno (It.).

## Diseño y Diagramación

- **Mauricio Tagliavini**, DG



Copyright © 2019 by Editorial UBP  
Todos los derechos reservados

Director  
Néstor Pisciotta  
Av. Donato Álvarez 380  
CP X5147ERG Argüello, Córdoba  
Argentina  
Tel: 54 (0351) 414-4444  
Para mayor información  
contáctenos en [www.ubp.edu.ar](http://www.ubp.edu.ar)  
O vía e-mail a: [editorialUBP@ubp.edu.ar](mailto:editorialUBP@ubp.edu.ar)

Publicación editada e impresa en  
Córdoba, Argentina

La reproducción de esta revista,  
ya sea total o parcial, en forma idéntica  
o con modificaciones, escrita a máquina  
por el sistema Multigraph, mimeógrafo,  
impreso, etc., que no fuera autorizada por  
Editorial UBP, es violatoria de derechos  
reservados. Su infracción está penada por  
las leyes 11.723 y 25.446.

Toda utilización debe ser solicitada con  
anterioridad.

#### **Revista Derecho y Salud**

Publicación anual de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal.

E-Mail: [idi-das@ubp.edu.ar](mailto:idi-das@ubp.edu.ar)

ISSN (Versión impresa): 2591-3468 - ISSN (Versión online): 2591-3476

La Revista Derecho y Salud no se responsabiliza por las opiniones vertidas en los artículos firmados, cuyas ideas responden exclusivamente a sus autores.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International License.

## EDICIÓN MONOGRÁFICA

Esta edición monográfica de la Revista Derecho y Salud recoge los artículos presentados como ponencias en el IX Congreso Iberoamericano de Derecho Sanitario “Los escenarios de vulnerabilidad y su incidencia en el Derecho a la Salud”, organizado junto con el II Seminario Internacional “Nuevos impactos y desafíos en materia de la Salud” y el III Congreso Argentino de Derecho Sanitario. El evento, que tuvo lugar en la ciudad de Córdoba (República Argentina), se celebró los días 10, 11 y 12 de octubre de 2019.

La organización corrió a cargo de la Red Iberoamericana de Derecho Sanitario; la Red Argentina de Derecho Sanitario; la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ), la Secretaría de Extensión y Relaciones Internacionales y la Cátedra UNESCO en Seguridad Humana y Desarrollo Regional de la Universidad Blas Pascal.

El Comité Científico del Congreso estuvo integrado por:

- Prof. Dr. Fernando Aith (USP, Brasil);
- Prof. Dr. Armando S. Andruet (h) (UCC, Argentina);
- Prof. Dr. Guillermo Barrera Buteler (UNC, Argentina);
- Prof. Mter. Gonzalo Gabriel Carranza (UAM, España);
- Prof. Dr. Joaquín Cayón (IDIVAL-UC, España);
- Prof. Dr. Guillermo Ford (Universidad Blas Pascal, Argentina);
- Prof. Dra. Claudia Lima Marques (UFGRS Porto Alegre, Brasil);
- Prof. Dra. Sandra Regina Martini (UNIRITTER, UFMS Brasil);
- Prof. Dr. Fernando Rovira (UDELAR, Uruguay);
- Prof. Dr. Hernando Torres Corredor (UNC, Colombia);
- Prof. Dra. Claudia E. Zalazar (UBP, Argentina).

El Comité Organizador del Congreso, que tuvo como directora a la Prof. Dra. Claudia E. Zalazar (UBP, Argentina), estuvo integrado por:

- Ab. María Guadalupe Neder (UBP, Argentina);
- Ab. Paula Agliozzo Molina (UBP, Argentina);
- Ab. Sofía Puccio (UBP, Argentina);
- Ab. Guillermo Paulí (UNC, Argentina);
- Ab. María Florencia Ballester Martínez (UNC, Argentina).

El Congreso contó con la financiación del Ministerio de Ciencia y Tecnología del Gobierno de la Provincia de Córdoba a través de la Convocatoria “Apoyo a Eventos Científicos 2019” y gozó, además, del auspicio de AMJA (Asociación de Mujeres Juezas de Argentina); APROSS (Administración Provincial del Seguro de Salud); la Fundación Iberoamericana de Telemedicina y la Fundación Morra.





# ÍNDICE

---

## 1. TRIBUNA

**- La satisfactoria apuesta de organizar el Congreso Iberoamericano de Derecho Sanitario.**  
*The successful bet to organize the Ibero-American Congress on Health Law.*

**Claudia E. ZALAZAR** .....13

## 2. ESTUDIOS ESPECIALES

**- El Derecho de la Salud en la gestión pública. La experiencia del Área de Bioética del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba (Argentina) en algunas aplicaciones de este Derecho.**  
*The right to health in public management. The experience of the bioethics area of the Ministry of Health of the Province of Córdoba (Argentina) in some applications of this right.*

**Andrés TOLEDO** .....19

**- La autocomposición como mecanismo adecuado para resolver/administrar los litigios derivados de la implementación de las políticas de salud pública.**  
*Self-composition as a proper mechanism for solving / administering disputes from implementation of public health policies.*

**Fabiana MARION SPENGLER; Fernando Augusto MARION SPENGLER; Pedro Henrique MARION SPENGLER** .....28

**- A complexa efetivação do direito à atenção básica em saúde no Brasil: paradoxos teóricos e normativos.**

*The complex effectivization of the Right to basic Health care in Brazil: theoretical and normative paradoxes.*

**Giovana KNORST CHAVES; Lais DOCKORN NUNES PEREIRA; Janaína MACHADO STURZA** .....39

**- O direito à saúde e a dispensação judicial de medicamentos no Brasil: a ferramenta e-natjus.**  
*The right to health and judicial disposal of medicinal products in brazil: the e-natjus tool.*

**João Paulo K. FORSTER; Najwa DAGASH; Paula FRANCIELE DA SILVA** .....51

**- Consecuencias políticas e institucionales de la judicialización de la salud en Brasil y Colombia: un análisis comparado.**

*Political and institutional consequences of the judicialization of health in Brazil and Colombia: a comparative analysis.*

**Luciana SOUZA D'ÁVILA; Eli Iola GURGEL ANDRADE; Fernando MUSSA ABUJAMRA AITH** .....64

**- Desjudicialização - alternativa viável à efetivação do direito à saúde dejudicialization.**

*A viable alternative to the realization of the right to health.*

**Sandra Regina MARTINI; Ana Luísa MICHELON; Joana D'ARC DE MORAES MALHEIROS** .....76

**- Atendimento a gestante imigrante e refugiada em maternidade na cidade de São Paulo.**

*Immigrant care and refugee maternity managing in São Paulo.*

**Angélica Cristina RODRIGUES, José Carlos LOPES DA SILVA (J); Patrícia Cristina VASQUEZ DE SOUZA GORISCH** .....87

**- Suicídio, direito à saúde mental e políticas públicas: realidade e perspectivas futuras.**

*Suicide, right to mental health and public policies: reality and future perspectives.*

**Rodrigo TONEL; Janaína MACHADO STURZA** .....98

- O meio ambiente artificial e a saúde física e mental do trabalhador latino americano.**  
*The artificial environment and the physical and mental health of the latin american worker.*  
**Milton Marcelo HAHN; Rosilma MENEZES ROLDAN; Marcelo LAMY .....110**
- As intervenções cirúrgicas realizadas no Brasil em intersexuais recém-nascidos e o direito ao livre desenvolvimento de personalidade: a premente necessidade de mediação sanitária.**  
*Surgical interventions carried out in Brazil in newborn intersexuals and the right to free development of personality: the need of a health mediation.*  
**Sandra MARTINI; Laércio DA SILVA; Márcia WINGERT .....119**
- A (des)criminalização do aborto: uma questão de saúde pública.**  
*The (des)criminalization of abortion: a public health issue.*  
**Laís DOCKORN NUNES PEREIRA; Giovana KNORST CHAVES; Janaína MACHADO STURZA .....129**
- As complexas imbricações entre patentes de fármacos e doenças negligenciadas: limites e possibilidades na perspectiva da saúde global.**  
*The complex interactions between drug patents and neglected diseases: limits and possibilities in the global health perspective.*  
**Isabel Christine SILVA DE GREGORI; Larissa MELEZ RUVIARO; Nathália FACCO ROCHA .....136**
- Ameaças da judicialização da saúde à integridade do sistema de saúde segundo a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann: uma análise a partir dos dados do Estado do Rio Grande do Sul em 2018.**  
*Threats of the judicialization of health to the integrity of the health system according to the theory of the social systems of Niklas Luhmann: an analysis from the data of the State of Rio Grande do Sul in 2018.*  
**Tarsila RORATO CRUSIUS; Mártin PERIUS HAEBERLIN .....148**

---

# ***1. TRIBUNA***

---



# LA SATISFACTORIA APUESTA DE ORGANIZAR EL CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SANITARIO

---

## THE SUCCESSFUL BET TO ORGANIZE THE IBERO-AMERICAN CONGRESS ON HEALTH LAW

---

**Claudia E. Zalazar<sup>1</sup>**

---

**DOI:** [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2020\)14](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)14)

En el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Sanitario, llevado a cabo en México en el mes de octubre de 2018, se resolvió que la sede de la próxima edición de nuestro tradicional encuentro sería en Porto Alegre (Brasil) con el apoyo de la Universidad UNIRITER. Comenzado el año 2019, por cuestiones políticas de nuestro país vecino, esta Universidad tuvo que dar un paso al costado en cuanto a su organización, por lo que comenzamos a debatir entre los miembros del Consejo Directivo -del que formo parte- cuáles serían las medidas a tomar para llevarlo a buen puerto, aunque con un norte bien marcado: no queríamos de ninguna manera cancelar el evento.

Como presidenta de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal (UBP), junto al Ing. Néstor Pisciotta (Secretario de Investigación y Desarrollo de la Universidad), nos planteamos la posibilidad de tomar las riendas del asunto en esta ocasión y llevar adelante el Congreso desde nuestra Universidad. Pero por motivos de eficiencia y para reducir el gasto en tiempos de crisis en la región, definimos que lo organizaríamos conjuntamente con otros eventos que ya se venían planificando y que se llevarían a cabo también en 2019: II Seminario Internacional de nuestra Sala "Nuevos impactos y desafíos en materia de Salud" (para el cual ya contábamos con la aprobación de una ayuda financiera competitiva del Ministerio de Ciencia y Tecnología del Gobierno de la Provincia de Córdoba, la Convocatoria de Apoyo a eventos de Ciencia y Tecnología del Programa Apropiación de Conocimientos 2019) y el III Congreso Argentino de Derecho Sanitario, el evento anual de la Red nacional.

Así, con la inestimable ayuda de la Secretaría de Relaciones Internacionales y la Cátedra UNESCO de Seguridad Humana y Desarrollo Regional de la UBP y gracias a la colaboración de diversas autoridades de la Universidad (entre las que destaco al Lic. Alberto Ferral), asumimos el compromiso y la responsabilidad de llevar a cabo el IX Congreso de la

---

<sup>1</sup> Abogada y Doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Presidenta de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal. Directora de la Revista Derecho y Salud. Magistrada de la Cámara 5ta de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Argentina. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7956-1016>.

Red Iberoamericana, que tuvo lugar finalmente en Córdoba, en el centro de la República Argentina, entre los días 10 y 12 de octubre de 2019.

Una vez tomada la decisión, hubo que poner manos a la obra. En consecuencia, bajo mi dirección se sumaron miembros de la Sala de Derecho a la Salud, entre ellos su secretario, el Mter. Gonzalo Gabriel Carranza y quien terminara siendo mi asistente personal y, a su vez, la encargada de numerosos aspectos de la organización del Congreso, la Ab. Guadalupe Neder: a ellos, vaya mi agradecimiento por su valiosa ayuda previa y posterior al encuentro.

Gracias también a la Secretaría de Extensión y a otros profesionales con los que siempre cuento a la hora de embarcarme en estos mares, se sumaron al equipo de trabajo una decena de eficientes personas que, con escaso tiempo y casi a contrarreloj ayudaron a cubrir cada detalle: el salón de conferencias, los descansos, los hoteles, la concreción de los detalles de traslados aéreos de varios profesores invitados, la logística de llegada y de regreso a casa de los disertantes, así como un sinfín de pequeños y trabajosos menesteres, como el armado de carpetas, la acreditación, las certificaciones, etc.

Pero para dotarlo de calidad científica, el Congreso contó, además, con un memorable Comité, en el que participaron -además de todos los miembros del Comité Ejecutivo de la Red Iberoamericana de Derecho Sanitario-, renombrados juristas como la Prof. Dra. Claudia Lima Marques (UFGRS, Porto Alegre Brasil) o el Prof. Dr. Armando Segundo Andruet (UCC Córdoba).

En lo que respecta a la temática, se abordaron paneles de gran impacto en materia de salud, como los derechos de los pacientes a la luz de las nuevas tendencias en derecho del consumidor; el cuidado del medioambiente y su impacto en la salud; las cuestiones controvertidas en el sistema prestacional y en las políticas de salud, las tendencias y desafíos en la regulación de la salud digital; la protección de la salud mental en Latinoamérica; la violencia de género y salud; los dilemas bioéticos, terapias avanzadas y medicamentos de altos costos; la mirada internacional y global de la salud; y los derechos humanos y salud. En dichos paneles participaron docentes de prestigio y alto nivel académico, entre otros, la Prof. Dra. Sandra Regina Martini (UNIRITTER, Brasil), el Prof. Dr. Aldo Novak (UNC Argentina), el Prof. Dr. Joaquín Cayón (IDIVAL.UC, España), el Prof. Dr. Marcelo Lamy (UNISANTA; Brasil), el Prof. Dr. Guillermo Schor-Ladam (UBA, Argentina), el Prof. Dr. León Morra (Fundación Morra, Argentina); la Prof. Dra. María E. Cafure de Battistelli (AMJA, Argentina), o el Prof. Dr. Federico Ossola, (UNC; Argentina).

En el marco del Congreso tuvieron lugar, asimismo, algunos eventos especiales: la presentación del "Observatorio de Derecho a la Salud y Seguridad Humana en las ciudades de Porto Alegre y Córdoba" y la presentación del libro "Direitos Humanos: Saude e Fraternidade" de las autoras Sandra Regina Martini y Janaina Machado Sturza.

Gracias a la ayuda institucional del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la UBP y personal del Secretario de Investigación y Desarrollo, Ing. Néstor Pisciotta, la Sala de Derecho a la Salud pudo publicar y regalar a todos los disertantes el libro "Derecho y Salud en Perspectiva - Estudios de Derecho a la Salud", que recoge numerosas investigaciones realizadas en los últimos años por diversos autores, y que fue dirigido por mí y por el Prof. Mter. Gonzalo Gabriel Carranza.

Si bien inicialmente no dimensionamos el enorme esfuerzo que era poner en marcha un Congreso de este tipo, con proyección iberoamericana, teniendo en cuenta el excelente nivel de los disertantes, la importancia e impacto de los temas tratados y las interesantes intervenciones en cada uno de los paneles, he de decir, en nombre de todo el equipo, que su organización fue una grata satisfacción. Sabemos que hemos cometido errores, porque errar es humano, pero también estamos tranquilos de que hemos puesto el ciento por uno de nuestro esfuerzo para acoger en nuestra querida ciudad de Córdoba de la mejor manera posible a nuestros colegas de cada rincón de Iberoamérica.

Fruto del Congreso surge esta edición monográfica de la Revista Derecho a la Salud, que se destina especialmente a recoger las comunicaciones presentadas por distintos investigadores que, previo al Congreso, hicieron también el enorme esfuerzo de escribirlas y participar compartiendo sus investigaciones. A cada uno de ellos, gracias por dotar a nuestra Revista de la calidad de vuestro trabajo.

Para finalizar, solo me gustaría realizar una aclaración: como las comunicaciones participaron de un certamen, el artículo ganador del primer premio fue ya publicado en el número 3 de nuestra Revista. Se trata del trabajo "O direito ao acesso à saúde reprodutiva de mulheres migrantes: desvelando processos de precarização da vida / The right to reproductive health for migrant women: disclosing life precariousness processes", de Joice Graciele Nielsson, Janaína Machado Sturza y Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth. A ellos, mis felicitaciones.

En definitiva, creo que todo el esfuerzo valió la pena. Muchas gracias a los colegas que nos acompañaron y también gracias a todos los que nos hicieron llegar su cariño al no poder asistir por un motivo o por otro. Pasamos el testimonio, ahora, a los compañeros de Costa Rica, a quienes deseo lo mejor para el X Congreso de la Red Iberoamericana de Derecho Sanitario.







---

## ***2. ESTUDIOS ESPECIALES***

---



# EL DERECHO DE LA SALUD EN LA GESTIÓN PÚBLICA. LA EXPERIENCIA DEL ÁREA DE BIOÉTICA DEL MINISTERIO DE SALUD DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA (ARGENTINA) EN ALGUNAS APLICACIONES DE ESTE DERECHO

---

THE RIGHT TO HEALTH IN PUBLIC MANAGEMENT. THE EXPERIENCE OF THE BIOETHICS AREA OF THE MINISTRY OF HEALTH OF THE PROVINCE OF CORDOBA (ARGENTINA) IN SOME APPLICATIONS OF THIS RIGHT

---

**Andrés F. Toledo<sup>1</sup>**

---

**DOI:** [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2020\)01](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)01)

## RESUMEN:

Esta ponencia pretende fundamentar y contextualizar, desde un enfoque de derechos humanos y desde la misma disciplina Bioética; lo actuado por el Área de Bioética del Ministerio de Salud de Córdoba, Argentina en el año 2019. Se parte del análisis de dos iniciativas que se están plasmando en los hospitales públicos de la provincia como son: la cartelera inicial, el posterior ciclo de reuniones formativas sobre "*derechos y responsabilidades de los pacientes*", y la implementación del "*consentimiento informado general de internación en hospitales públicos*". Al final, se plantean los desafíos pendientes para que la asistencia pública en esta materia sea pionera, primera garante y promotora de los derechos de los pacientes que asiste.

## ABSTRACT

This paper aims to provide a basis and context for the actions taken by the Bioethics Area of the Ministry of Health of Córdoba, Argentina, in 2019, from a human rights perspective and from the discipline of Bioethics itself. It is based on the analysis of two initiatives that are being implemented in the public hospitals of the province: the initial poster, the subsequent cycle of training meetings on "patients' rights and responsibilities", and the implementation of "general informed consent for hospitalization in public hospitals". In the end, the pending challenges are posed so that public assistance in this area can be a pioneer, the first guarantor and promoter of the rights of the patients it assists.

---

<sup>1</sup> Doctor en Filosofía (UCA). Magíster en salud pública (UNC) y en ética biomédica (UCA), Miembro del equipo permanente Área de Bioética del Ministerio de Salud de Córdoba, Argentina. Docente universitario de bioética del Instituto Universitario De Ciencias Biomédicas de Córdoba (IUCBC), Tutor Universitario de Universidad Blas Pascal. E-mail: andrestoledo14@hotmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1175-8568>.

PALABRAS CLAVE: Salud pública; Bioética, Derechos y responsabilidades de los pacientes; Consentimiento informado general de internación; Área de bioética de Córdoba; Argentina.

---

KEY WORDS: Public health; Bioethics; Patients' rights and responsibilities; General informed consent for hospitalization, Bioethics area of Córdoba; Argentina.

## I. Introducción y problemática

La asistencia sanitaria es un derecho humano de segunda generación, postulado por la Organización de Naciones Unidas (ONU), en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948<sup>2</sup>, que consiste en la provisión de ayuda médica o sanitaria, a personas que se enferman, o sufren algún daño corporal, quienes deben contar con la debida protección para que su salud sea restablecida.

Por eso, los derechos de segunda generación se dice que son materiales, ya que permiten que el resto de los derechos humanos puedan efectivizarse y realizarse de "*manera concreta y real*"<sup>3</sup>, buscando que existan igualdades y similares oportunidades iniciales en todos los miembros de esa sociedad, más allá de su "*posición original*", tal como fue *enunciada* por Rawls<sup>4</sup> y otros pensadores de la teoría política contractual.

Así, no solamente se necesita un derecho a la vida (derecho de primera generación), sino que también - en la misma medida y tan necesario como el derecho a la vida- se necesita un derecho a la asistencia sanitaria. Ésta, como todo derecho humano, debe tener cierta universalidad, lo que implica que debe llegar a todos los ciudadanos de manera real, garantizándose el acceso para su concreción y ejercicio efectivo.

Por eso, desde este enfoque; el derecho humano a la asistencia sanitaria tiene enorme relación con la asistencia pública estatal, y cobra peculiar relevancia si se reflexiona desde el contexto provincial y nacional.

Por otra parte, la Bioética como disciplina, nace en los comienzos de los años 70, en los Estados Unidos. En el año 1973 ésta fue una de las pioneras en asumir y proponer los primeros derechos de los pacientes como así también, desde sus distintas teorías éticas, "*siempre ha propuesto en primer lugar, el principio de autonomía con su aplicación, que es el consentimiento informado*"<sup>5</sup>. Sin embargo, aunque parezca extraño, la misma disciplina, si bien tiene un desarrollo importante en estos temas (derechos de los pacientes y consentimiento informado), no ha tenido ni tiene una reflexión especial sobre estos a nivel práctico y, en particular desde la asistencia sanitaria en la gestión pública o estatal.

Por eso, no es llamativo que a nivel de implementación, no haya trabajos ni se registren experiencia donde se relacionen los derechos y responsabilidades de los enfermos en el ámbito público, ni muchos menos que refieran sobre cómo se plasman los consentimientos informados en los hospitales estatales.

---

2 Organización de Naciones Unidas (ONU) 1948. Declaración Universal de Derechos Humanos. Art 25.

3 CORTINA, Adela (1997), La ética de la sociedad civil. p. 105.

4 RAWLS, John (1979), Teoría de la justicia p.29.

5 GAFO, Javier (2003), Bioética Teológica. p.27.

Así, este trabajo, por un lado, pretende reflexionar de manera inicial sobre el tema de derechos y responsabilidades de los pacientes a nivel público desde una mirada Bioética, para luego centrarse en dos iniciativas recientes llevadas a cabo por el Área de Bioética del Ministerio de Salud de la provincia de Córdoba en Argentina, que intenta visibilizar estos derechos.

Para concluir, se afirma, que el garante por excelencia de este derecho a la asistencia sanitaria, es sin duda, el Estado. Esta institución con sus leyes, decisiones políticas y presupuestos, ordena el ejercicio de este derecho para todos los ciudadanos, teniendo una mayor responsabilidad para con las instituciones de salud que el mismo Estado gestiona. De allí que será siempre un desafío, que el mismo Estado, que es el garante del ejercicio de este derecho, no sea el primero en vulnerarlos o no respetarlos.

## II. La Bioética en la gestión pública

Como se acaba de afirmar, nuestra posición es, que no debería haber una reflexión especial, que vincule derechos y responsabilidades de los enfermos y la gestión sanitaria pública estatal. La literatura bioética es abundante, y ya se encuentra en una etapa de consolidación<sup>6</sup>, por eso, se sostiene que lo mejor es echar mano de estos contenidos, y tratar de hacer acciones de aplicación. En otras palabras, si bien no podemos soslayar que existen *muy buenos trabajos que vinculan salud pública y bioética*<sup>7</sup>, todos estos trabajos y reflexiones abordan la temática desde un contexto general abstracto, y no lo refieren a un marco de salud público concreto, y con las características tan propias, que tiene la asistencia sanitaria estatal. Por eso, estos trabajos contienen elementos válidos para la reflexión específica, pero por otro lado, no terminan de dar cuenta de la realidad concreta con qué se vive la salud en los ámbitos públicos provinciales.

¿A qué nos referimos? Según el Barómetro de la Deuda Social Argentina de la UCA, en un trabajo que abarca los años 2010 al 2016, analiza el acceso a la salud en población urbana argentina desde una mirada multidimensional de la pobreza. En este informe afirma *“que 3 de cada 10 argentinos se atiende en la asistencia pública”*<sup>8</sup>, y que si tomamos estos datos en el 2016, este porcentaje va en franco aumento. Asimismo, según sus resultados, el 70% de los pobres y el 80% de los indigentes, son atendidos por la asistencia pública. Asimismo indica que la población que no está dentro de la línea de pobreza ni de indigencia, son cada vez más los que concurren a los hospitales públicos para su atención. Y los que tienen vulnerados uno de sus derechos, concurren cerca del 50%, y en los que tienen más de dos derechos vulnerados es superior al 50 %, aumentado su número si la medición se realiza cerca del 2016.

Esto ya brinda un cuadro de situación cuando hablamos de asistencia pública. Si bien no hace falta un estudio investigativo especial para identificar que la salud pública atiende a la población más vulnerable económicamente, socialmente y sanitaria, es importante poner un número a lo que se vive cada día en los pasillos y consultorios de los centros públicos de atención en salud. Siguiendo el mismo trabajo, dice que solo 2 de cada 10 personas con vulneración de derechos va a consultas de salud mental, aumentando la proporción en poblaciones más acomodadas, y que 3 de cada 4 pobres e indigentes no tuvieron atención odontológica.

---

6 Cfr. GRACIA, Diego (2004), Como Arquero al Blanco, p.83.

7 TEALDI, Juan Carlos (2007) Retos para la bioética en el camino de la salud pública en América Latina p.229.

8 Barómetro de la Deuda social Argentina. (2016) La salud en población urbana argentina desde una mirada multidimensional de la pobreza. p.12.

Así, cuantificando estos datos visibles, se puede concluir que, al hablar de derechos y responsabilidades de los enfermos y de consentimiento informado, se debe tomar en cuenta estos datos, ya que modifican de manera determinante, cómo se deben aplicar y entender las reflexiones generales o teóricas de estos temas.

Con esto nos referimos a que la contextualización en la salud pública de estos derechos, hacen de los mismos más que un axioma a defender o postulado a proclamar; se transforman en una meta a alcanzar, y en un objetivo político y práctico de trabajo.

Así, desde estas constataciones anteriores, como eje de este trabajo se quiere presentar una bioética que asume las reflexiones teóricas como algo del patrimonio constitutivo de la disciplina, pero que por tratarse de salud pública, lo que le interesaría de sobremano ver, son las formas concretas de aplicación y cómo se podría hacer para que estos conceptos “bajen” de manera concreta en los pacientes que se atienden la asistencia pública, en especial aquellos con alta vulnerabilidad de sus derechos sociales y económicos.

Por eso, nos parece que, al hablar de bioética y la asistencia pública, no hay que inventar una nueva bioética, o una nueva declaración de derechos de los pacientes, o nuevos requisitos de implementación del consentimiento informado, sino que necesitamos impactar con decisiones gubernamentales, con programas detallados de implementación, y con presupuestos acordes a los programas operativos diseñados, para que estos derechos tengan realidad y visibilidad concreta en la población alcanzada por la cobertura estatal.

En esta dirección nos parece significativo destacar las palabras de un gran bioeticista latinoamericano chileno, el Dr. Miguel Kottow quien advertía sobre la necesidad de que la Bioética y especialmente la latinoamericana sea una “*bioética viva*”, es decir operativa y llena de acciones concretas para el bien de la comunidad y de los pacientes<sup>9</sup>.

Esta bioética “viva” es lo que intenta el área de bioética, practicar y desarrollar cada día en su ser y hacer.

### III. El Área de Bioética y sus acciones en la concreción de derechos de los pacientes

El “Área de Bioética”, nace en 1998 y en la actualidad depende de la Secretaría de Prevención y Promoción de Salud, del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba. A lo largo de estos años, ha tenido distintas modificaciones y competencias en el campo disciplinar de la bioética. En la actualidad, los Objetivos y Funciones del Área de Bioética han sido definidos por la Resolución Ministerial N° 1264, con su anexo 1, de fecha 23 de noviembre de 2017 donde figura la promoción y cuidado de los derechos de los pacientes.<sup>10</sup>

En este contexto, es que, en el año 2019, se han implementado dos acciones que buscan expresar mejor cómo la bioética en instituciones públicas tiene relación directa a un hacer. Ellos son: (1) Los derechos y responsabilidades de los pacientes y (2) el formulario de consentimiento informado general de internación. Ambos documentos se consignan en la sección anexo de este escrito.

Veamos más en detalle estas dos acciones:

9 memorias semana provincial de la bioética 2019- disponible en <https://www.cba.gov.ar/area-de-bioetica/semana-provincial-de-la-bioetica/jornada-de-cierre-viernes-16-de-agosto/>.

10 cfr. <https://www.cba.gov.ar/area-de-bioetica/objetivos-y-funciones/>.

### **1. Los derechos y responsabilidades de los pacientes en los hospitales públicos**

Una premisa fundamental para abordar este tema fue presentar los derechos y las responsabilidades de los pacientes, como binomios que se deben entender juntos y en mutua correlación. Por eso, como afirma David Ross y otros, que “no hay derechos sin deberes”<sup>11</sup>, ni hay deberes que no impliquen algún tipo de derecho, por una cuestión de presentación léxica y gráfica para esta iniciativa, se adoptó el término “responsabilidades” en vez de usar la palabra deberes.

Esta propuesta nace de una demanda que se está dando en algunos hospitales públicos, donde muchas veces se generan tensiones en la relación médico y paciente, terminando en algunas ocasiones en situaciones de violencia, ya sea verbal o gestual. Así fue como varios comités de bioética institucional propusieron la necesidad de general cartelería sobre estos derechos de los pacientes con sus correspondientes responsabilidades.

También en este tema, se muestra una clara diferencia entre la asistencia sanitaria de gestión privada y la pública, ya que no hay clínica, centro o instituto de salud privado que no cuente con su cartelería correspondiente, siendo por el contrario difícil encontrar estos mismos derechos expuestos en los hospitales públicos.

Observando esta gran carencia de una buena cartelería que planteara los derechos de los pacientes, desde el Área de Bioética se diseñó y solicitó que se proveyera una buena cantidad de banners y folleterías, para que llegara de manera masiva a todas las dependencias del Ministerio de Salud de la Provincia.

Así, con un grupo de estudio creado *ad hoc*, con algunos miembros de los distintos comités hospitalarios de la provincia, es que se confeccionaron una serie de derechos y responsabilidades de los pacientes, especialmente pensados para aquellos pacientes que generalmente se atienden en los hospitales públicos.

Al mismo tiempo que se hizo esta cartelería, se han llevado a cabo una serie de charlas en distintos hospitales con esta temática, como también se ha brindado una propuesta de formación a través de cursos gratuitos a distancia, auto asistidos, que se encuentran disponibles en la página web del *área de bioética*<sup>12</sup>. Todas estas iniciativas buscan que estos derechos no sean una imposición, sino una convicción en el efector de salud, quien debe respetar esos derechos sin entenderlos como una carga más, sino una manera de hacer mejor medicina.

A modo de ejemplo, se adjunta folletería donde se observan los derechos trabajados. Si bien no se trata de nuevos derechos, son conceptualizados de una manera sencilla y adaptada, para la mejor comprensión de los todos los pacientes.

Así, los derechos expresados son: Derecho a recibir atención sanitaria adecuada, gratuita y sin discriminación, a recibir un trato digno y respetuoso cuidando su intimidad, a que sus datos personales e historia clínica sean confidenciales, a recibir información en un lenguaje claro y comprensible para tomar su propia decisión y luego a firmar su consen-

---

11 ROSS, David. (1994). Lo correcto y lo Bueno. p. 63.

12 Disponibles en: <https://areabioetica.milaulas.com/>.

timiento informado. Asimismo se plantea la posibilidad de aceptar o rechazar cualquier tratamiento procedimiento que se le ofrezca, contar en la compañía de algún familiar, tener visita y apoyo espiritual o religioso, como así también a realizar una consulta de carácter bioético al comité hospitalario de bioética.

Así, por ejemplo, se sabe que desde el aspecto material y de funcionamiento de los centros de salud, muchas veces los presupuestos ni el personal de mantenimiento no alcanzan por los destrozos, desidia y la manera como se manejan los pacientes y personal en el uso de la cosa pública. En esto, también la bioética tiene algo que decir, porque lo público es cosa de todos y por tanto el cuidado de lo material es tarea tanto de los agentes de salud y usuarios del sistema de salud pública.

Entre las responsabilidades<sup>13</sup>, se señala de tratar con respeto y sin violencia el personal de salud que lo atiende, cuidar la propia salud siguiendo las recomendaciones de profesionales de salud que te trate, informarse, preguntar y leer atentamente lo que se tiene antes de firmar el consentimiento informado, proporcionar al equipo de salud toda la información requerida, necesaria y cierta, sobre la identidad del paciente y su condición de salud. Respetar, el paciente y sus familiares, las normas y reglamentos del establecimiento en el que se atiende. Evitar conductas que molesten a otras personas. Cuidar y hacer correcto uso de las instalaciones y equipamiento del establecimiento de salud

De vuelta, lo del punto anterior, no es que se pongan nuevas deberes o responsabilidades, sino que se ha tomado la teoría general sobre derechos y obligaciones de los pacientes, intentando simplificar, en un lenguaje más sencillo y cercano estas responsabilidades, para que sea entendido por los pacientes, seleccionando aquellos que tienen que ver más con la realidad pública sanitaria.

## ***2. Consentimiento informado para internación general en los hospitales públicos***

Recordemos que el consentimiento informado nace con la *bioética* y es uno de los *institutos mejor consolidado de la misma*<sup>14</sup>. De hecho, el consentimiento trae aparejado un quiebre en el paradigma secular de la relación médico-paciente, que se conoce como el paternalismo médico.

Con el consentimiento informado se reconoce que toda persona debe ser preguntada e informada y que puede decidir de manera afirmativa o negativa, sobre cualquier práctica o procedimiento médico que se le proponga sobre su propio cuerpo.

De hecho, más allá del requerimiento bioético que tiene esta práctica, es una obligación legal solicitarlo y hay un sinnúmero de normativas que lo estipulan y establecen, como por ejemplo nuestro nuevo Código Civil y Comercial que en sus art.58 y 59 que lo expresan claramente.

Cabe aclarar que a pesar de estar establecido legalmente y bioéticamente, en los hospitales públicos de la provincia, solo existía el consentimiento informado para tratamientos específicos, como cirugías o alguna práctica invasiva, donde el riesgo del paciente es alto.

---

<sup>13</sup> De vuelta se aclara que se decidió poner "responsabilidades" en vez de deberes porque nos pareció que iba a favorecer una mejor comprensión y llegada a los pacientes. Concretamente, algunos miembros de esta comisión de trabajo, opinaron que la palabra deberes, generaba imposición y obligación dura, siendo contrario al espíritu de los objetivos de esta propuesta que son llegar a los pacientes, desde los aspectos educativos y formativos. Lo ideal de toda responsabilidad es no usar lo coercitivo sancionatorio, sino la colaboración voluntaria de los involucrados.

<sup>14</sup> SIMON LORDA, Pablo (2000), El consentimiento informado. p 21.



En contraste resultaba que un ciudadano que se internaba por cualquier patología, aunque no revista gravedad, empezaba su internación en los hospitales públicos, sin que quede ningún registro donde conste lo que se explicó qué le iban a hacer, o que le podría pasar en esa internación, o cuáles eran sus derechos, como tampoco como sus responsabilidades como paciente.

Por eso, se vio la necesidad de proveer un consentimiento informado general de internación, sin reemplazar a los específicos que saben tener cada servicio médico. Es decir, se ofrece un consentimiento informado que apunta a la internación hospitalaria con todo lo que ello implica cuando alguien se interna y vive todas esas horas en la institución de salud, aunque sean procedimientos médicos de rutina o tratamientos con pocos eventos adversos. Esto parte del supuesto que el respeto del derecho de los enfermos implica que exista un consentimiento informado para esta internación hospitalaria.

En el formulario de consentimiento informado general de internación, se le informa que la enfermedad que padece puede tener un curso cambiante de tratamiento y se le dice, que, en todo momento de su estadía internado, se le brindará la mejor atención posible, que también se guardará su intimidad y confidencialidad, que también podría haber -bajo supervisión experta- la visita de personal médico en formación y que puede recibir asistencia religiosa o de algún otro tipo según sus deseos. También se le informa que puede consultar a un comité de bioética y también que, en caso de gravedad, puede expresar sus directivas de voluntades anticipadas y con la opción de aceptar o rechazar tratamientos que sean fútiles a nivel terapéutico y solo generan sufrimiento al paciente.

Conectando con la otra iniciativa, nos ha parecido que incorporar un consentimiento informado general de internación, es un paso muy importante para que se expliciten estos derechos de los pacientes, aunque siempre quedan como desafíos, que este valioso instrumento que expresa derechos y manifiesta las libertades fundamentales de toda persona no sea un papel más de la burocracia administrativa, la cual lamentablemente, existe en el Estado. Por otra parte, también se encuentra el desafío de que con el paso del tiempo no haya un relajamiento o una falta de recursos materiales, tan mínimos como dos hojas fotocopiadas, que haga que deje de aplicarse o brindarse el consentimiento informado en los hospitales públicos, y por ende, por estas coyunturas y otras, destruyan o fagociten tan importantes y centrales iniciativas.

A la vez que se ha terminado este consentimiento general de internación, ya se está trabajando y proyectando confeccionar unos consentimientos específicos para internación en unidades de cuidados críticos para adultos y pediátrica que están faltando, y son solicitados por las instituciones públicas de la provincia.

Ambas iniciativas, derechos y responsabilidades del paciente, como el consentimiento informado general de internación, se han presentado a las autoridades ministeriales de salud, para que pueda implementarse en las estructuras hospitalarias junto con lo indicativo que puede realizar el área de bioética. El objetivo es que sean acompañados por una resolución ministerial para que tenga mejor recepción y aceptación en el personal de salud en sus distintos niveles.

#### **IV. Los desafíos de la bioética en el cuidado de los derechos de los pacientes, en la gestión pública.**

Para terminar, se quiere volver, al informe del Barómetro de la Deuda Social Argentina, antes citado, porque, si por un lado daba cuenta de que la mayoría de la población vulnerable son asistidos por los hospitales públicos, también se nos informa que son los más pobres e indigentes (vulnerados<sup>15</sup>), los que más sufren el uso de la asistencia sanitaria estatal. Son ellos los que tienen las horas de espera más larga (de 3 a 4 hs.) para que los atiendan, y hasta 3 a 4 meses para conseguir un turno para algún estudio complementario o regresar para que lo vuelva ver su médico tratante<sup>16</sup>.

La misma bioética, sostiene, que la atención pública, bajo ningún punto de vista, puede ser sinónimo de baja calidad o de menor eficiencia. De hecho, a nivel médico tecnológico, hoy por hoy, hay hospitales de la Provincia de Córdoba que cuentan con los mismos recursos humanos y técnicos, que los mejores centros privados de salud de tercer nivel de atención, y esto está muy bien, pero cuando se trata de la atención cotidiana y habitual, no se puede decir lo mismo, ya que son constatables las enormes falencias que existen.

Por eso, la atención sanitaria estatal, debe mejorar sus procedimientos y organización y revisar sus prioridades sanitarias. Esto no solamente se observa a nivel de infraestructura, de administración; sino que también debe abarcar, las dimensiones educativas, epidemiológicas y de las enfermedades prevalentes endémicas, que no son pocas en nuestra región.

El desafío para la bioética cuando tiene enclave estatal es que tiene que ser una bioética con sentido crítico, y en cierta medida con opinión independiente con respecto a todo organismo oficial ministerial.

Ese elemento "crítico" de la bioética, no necesariamente debe ser molesto o cuestionador de la gestión estatal, sino que se trata más bien, de aportes para que la salud pública mejore cada día más. La bioética, sin duda tiene un significativo potencial de generar capacitación y conciencia; y su transversalidad interdisciplinaria, puede hacer un aporte significativo, para que la atención sanitaria estatal, sea de vanguardia en sus propuestas y con eficientes resoluciones a los problemas sanitarios más acuciantes.

Si esto es verdad, también hay que decir, que estructuras como las que tiene el Ministerio de Salud de Córdoba con su Área de Bioética, implican que no sea una área de tipo "decorativa" y casi olvidada en la gestión concreta, sino que es de desear que sea tenida cada vez más en cuenta en las prácticas cotidianas médicas. Su relevancia justamente reside porque el Área de Bioética, no tiene como objetivos situaciones críticas o urgentes, sino que sus objetivos hacen referencia a lo importante e imprescindible que se debe dar en la relación sanitaria.

Por eso, desde el Área de Bioética se sostiene que la *bioética es una herramienta para promover el debate público en temas éticos sobre la vida y la ciencia*<sup>17</sup> y como toda herramienta, su sentido está, en su uso constante y permanente.

Señalamos como último desafío, se tiene que hacer una bioética, no solo pública o aten-

---

15 Cfr. Ponencia del Dr. Miguel Kottow. Conferencia Inaugural Semana Provincial de la Bioética 2019 "vulnerabilidad, un concepto controversial". Disponibles: <https://www.cba.gov.ar/area-de-bioetica/semana-provincial-de-la-bioetica/jornada-de-cierre-viernes-16-de-agosto/>.

16 Cfr. Barómetro de la deuda social Argentina. (2016) La salud en población urbana argentina desde una mirada multidimensional de la pobreza. p.12.

17 Cfr. Organización de las Naciones Unidas para la educación, la ciencia y la cultura. (UNESCO). 2016. Manual de Bioética para Periodistas. p.1.

diendo a lo público, sino también cotidiana y de acceso a todos, para que no quede relegada a especialistas o diplomados, sino, que todo agente sanitario, como primer responsables de hacer respetar y cumplir los derechos de los pacientes, y de implementar el consentimiento informado; sean ellos, los verdaderos bioeticistas públicos, y sientan que la bioética es parte esencial y estructurante en su ser y quehacer como agente en salud y generando la excelencia de su profesión.

---

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASTARITA, Martín, BONIFACINO, Santiago y DEL COGLIANO, Natalia (2012): "Relaciones intergubernamentales (RIGS) en la administración pública Argentina", en ABAL MEDINA, Juan Manuel y CAO, Horacio: Manual de la nueva administración pública argentina. Editorial Ariel, Buenos Aires.
- CORTINA, Adela (1997), La ética de la sociedad civil. Grupo Anaya. S.A. Madrid
- CORTINA, Adela (2003), Ciudadanos del mundo. Alianza Editorial. Madrid.
- GAFO, Javier (2003), Bioética Teológica. Comillas Universidad. Madrid.
- GRACIA, Diego (2004), Como Arquero al Blanco". Editorial Tróscatela. Madrid
- RAWLS, John (1979), Teoría de la justicia. Fondo Cultural Económica. México.
- ROSS, David. (1994). Lo correcto y lo Bueno. Ediciones Sígueme. Salamanca.
- SIMON LORDA, Pablo (2000), El consentimiento informado, Editorial Tróscatela. Madrid.
- TEALDI, Juan Carlos (2007) Retos para la bioética en el camino de la salud pública en América Latina en AGUDELO, Saúl (editor) Bioética y Salud Pública: Encuentros y Tensiones. National Graphics LTDA. Colombia.

### Documentos de fuentes electrónicas:

- Organización de Naciones Unidas (ONU) 1948. Declaración Universal de Derechos Humanos. Tomado de <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>. Fecha de consulta: 20.09.2019.
- Organización de las Naciones Unidas para la educación, la ciencia y la cultura. (UNESCO). 2016. Manual de Bioética para Periodistas. Tomado de <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000243107> .Fecha de consulta: 20.09.2019
- Universidad Católica Argentina (UCA) . Barometro de la deuda social Argentina.(2016) La salud en población urbana argentina desde una mirada multidimensional de la pobreza. Tomado de <http://wadmin.uca.edu.ar/public/ckeditor/2018-OBSERVATORIO-DOCUMENTO-INVESTIGACION-SALUD.pdf>. Fecha de consulta: 20.09.2019

# LA AUTOCOMPOSICIÓN COMO MECANISMO ADECUADO PARA RESOLVER/ADMINISTRAR LOS LITIGIOS DERIVADOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE SALUD PÚBLICA

## SELF-COMPOSITION AS A PROPER MECHANISM FOR SOLVING / ADMINISTERING DISPUTES FROM IMPLEMENTATION OF PUBLIC HEALTH POLICIES

**Fabiana Marion Spengler<sup>1</sup> Fernando A. Marion Spengler<sup>2</sup>  
Pedro Henrique Marion Spengler<sup>3</sup>**

**DOI:** [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2020\)02](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)02)

### RESUMEN:

El tema de este artículo es la autocomposición. El principal problema de investigación que debe responderse es el siguiente: ¿es la autocomposición un mecanismo adecuado para administrar/resolver los litigios derivados de la no implementación de las políticas de salud pública? La hipótesis responde afirmativamente al problema de la investigación. Del problema surge el objetivo: analizar la autocomposición como un procedimiento adecuado para administrar/resolver los litigios derivados de la no implementación de las políticas de salud pública. Se utilizó, el método deductivo como método de abordaje. Como método de procedimiento se utilizó el método monográfico y como técnica de investigación se aplicó la bibliográfica. La conclusión principal se refiere a la confirmación de la hipótesis en el sentido de que la autocomposición, ejemplificada por la mediación y la conciliación, es el mecanismo adecuado para administrar/resolver litigios derivados de la implementación y práctica de las políticas de salud pública.

1 Fabiana Marion Spengler es una investigadora fondeada por el CNPq (PQ2) en Productividad en Investigación, con posdoctorado en Derecho por la Università degli Studi di Roma Tre, en Roma, Italia, con beca CNPq (PDE). Doctorado en Derecho por el programa de Posgrado stricto sensu de la Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS - RS, con beca Capes, Maestría en Desarrollo Regional, con concentración en el área de Política Institucional de la Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC - RS, profesora de los cursos de Grado y Posgrado lato e stricto sensu de la UNISC, Coordinadora del Grupo de Investigación "Políticas Públicas en el Tratamiento de Conflictos" vinculado al CNPq; coordinadora del proyecto de investigación "El tercero y el conflicto: el mediador, el conciliador, el juez, el árbitro y sus roles políticos y sociales" financiado por la Fundación de Apoyo a la Investigación del Estado del Rio Grande do Sul - Fapergs, Edital 02/2017 - PqG - Investigadora Gaucha, coordinadora y mediadora del proyecto de extensión: "La crisis de jurisdicción y la cultura de la paz: la mediación como medio democrático, autónomo y consensual de resolución de conflictos" financiado por la Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC; autora de varios libros y artículos científicos; correo electrónico: fabiana@unisc.br; link Curriculum Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8254613355102364>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9477-5445>.

2 Doctor graduado de la Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Miembro de la Liga de Neurología de la UNISC. Fue representante del Departamento Universitario de la Asociación Médica del Rio Grande do Sul (AMRIGS). Correo electrónico: fernandoamspengler@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3329-2866>.

3 Estudiante del curso de Medicina de la Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Miembro de la Liga de Psiquiatría de la UNISC. Correo electrónico: pedro.spengler@hotmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-6256-0378>.

## ABSTRACT

This article focuses on self-composition as a mechanism for managing / resolving disputes arising from public health policies. The main research problem to be answered is: is self-composition an adequate mechanism to manage / resolve disputes arising from the non-implementation of public health policies? The main hypothesis answers the research problem in the affirmative. From the research problem is born the objective: to analyze self-composition as an appropriate procedure to manage / resolve disputes arising from the non-implementation of public health policies. To meet the proposed objective, the deductive method was used as approach method. As a method of procedure the monographic method was used and as a research technique the bibliographic method was applied. The main conclusion concerns the confirmation of the hypothesis that self-composition, exemplified by mediation and conciliation, is an appropriate mechanism to manage / resolve disputes arising from the implementation and practice of public health policies.

**PALABRAS CLAVE:** Autocomposición; Litigios; Mecanismos; Políticas Públicas; Salud.

**KEY WORDS:** Self-composition; Litigation; Mechanisms; Public policy; Health.

## I. Introducción

La salud es un derecho humano garantizado a todos los brasileños, y el Estado es el responsable de su garantía a través de la implementación de políticas sociales y económicas, según lo determina el artículo 196 de la Constitución Federal de 1988. Sin embargo, el incumplimiento de este precepto constitucional genera conflictos que se envían al Poder Judicial en forma de litigios procesualizados.

Este hecho, sumado a la conocida explosión de litigiosidad que enfrenta Brasil, congestiona el Poder Judicial y cuestiona su eficiencia en la respuesta jurisdiccional. Es de conocimiento general, probado científicamente<sup>4</sup>, que el Poder Judicial brasileño es incapaz de responder, en términos cualitativos y cuantitativos, a las demandas judiciales que se le dirigen.

Así, en vista de la dificultad de ofrecer una asistencia jurisdiccional adecuada a los litigios legales en todas las esferas, incluidas las relacionadas con el Derecho a la Salud (litigios “salud legal”), se buscan caminos alternativos/complementarios para responder a las demandas, entre ellas la autocomposición.

Se observa que la autocomposición es un mecanismo razonablemente nuevo en el escenario jurídico brasileño, ya que está regulada por el Código de Procedimiento Civil y por la Ley 13140, ambos de 2015. En este sentido, este artículo tiene como tema la autocomposición como mecanismo para administrar o resolver los litigios derivados de las políticas de salud pública. El principal problema de investigación que debe responderse es el

---

<sup>4</sup> El hecho de que el Poder Judicial no está satisfaciendo su demanda puede ser comprobado por la publicación anual del Informe Justicia en Números, del Consejo Nacional de Justicia - CNJ. El último informe señala una tasa de congestión (que es el “indicador que compara lo que no se redujo con lo que se procesó durante el año base - suma de los nuevos casos y de los casos pendientes iniciales”) de más del 70%. Conselho Nacional de Justiça (2017): Relatório Justiça em Números. Tomado de: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>, fecha de consulta: 13.08.2019.

siguiente: ¿es la autocomposición un mecanismo adecuado para administrar/resolver los litigios derivados de la no implementación de las políticas de salud pública? La hipótesis principal responde afirmativamente al problema de investigación.

El problema de investigación da lugar al objetivo: analizar la autocomposición como un procedimiento adecuado para administrar/resolver los litigios derivados de la no implementación de las políticas de salud pública.

Para cumplir con el objetivo propuesto se utilizó, como método de abordaje, el deductivo, partiendo de la relación entre los argumentos generales, llamados premisas, para los argumentos particulares, hasta llegar a una conclusión. Como método de procedimiento se utilizó el método monográfico y como técnica de investigación se aplicó la bibliográfica, a partir de la lectura y registro de fuentes bibliográficas vinculadas al tema de la investigación.

El texto se divide en dos puntos, el primero de los cuales se refiere a las políticas públicas. En este punto se reservó un primer momento para analizar el concepto y la formulación de las políticas públicas en Brasil para luego abordar la judicialización<sup>5</sup> de las llamadas políticas de salud.

Posteriormente, el texto discute la posibilidad de utilizar la autocomposición para tratar los litigios que surjan de la implementación o aplicación de las políticas de salud pública. En este punto, la mediación y la conciliación se analizan como formas autocompositivas de administración/resolución de tales litigios.

### 1- Políticas de salud pública en Brasil

Como se dijo anteriormente, la salud es un derecho de todos los brasileños y está contenida en la Constitución Federal actual. Es un derecho humano fundamental que tiene por objetivo promover y proteger la calidad de vida humana<sup>6</sup>.

En estos términos, la salud es considerada un bien humano resultante de la organización social, que consta de múltiples factores; por lo tanto, ganó espacio legislativo constitucional e infraconstitucional, estando en el centro del debate mundial cuyo objetivo es su garantía y protección. Para cumplir estos objetivos, se requiere que el "Estado asuma la responsabilidad de una política de salud integrada con otras políticas sociales y económicas y asegure su implementación<sup>7</sup>". Esto sucede a través de la implementación de políticas de salud pública que garanticen programas efectivos para su promoción.

En general, la expresión "política pública" se define como un programa o marco de acción gubernamental, porque consiste en un conjunto de medidas articuladas (coordinadas), cuyo propósito es dar impulso, es decir, mover la máquina del gobierno, hacia lograr algún objetivo de orden público o, desde el punto de vista del jurista, lograr un derecho<sup>8</sup>.

---

5 Es importante señalar que se utilizarán datos numéricos para ilustrar la judicialización de la salud. Estos datos se refieren al Estado de São Paulo. La elección por el estado de São Paulo es debido a la organización y accesibilidad de los datos.

6 MARTINI, Sandra Regina; STURZA, Janaína Machado (2019): *Direitos Humanos: saúde e fraternidade*, Evangraf, Porto Alegre.

7 CAMPOS, Gastão Wagner; BARROS, Regina Benevides de; CASTRO, Adriana Miranda de (2019): *Avaliação de política nacional de promoção da saúde: ciência e saúde coletiva*, p. 746 Tomado de: <http://www.cienciasaudecoletiva.com.br>, fecha de consulta: 19.08.2019.

8 BUCCI, Maria Paula Dallari (2006): "O conceito de política pública em direito" en BUCCI, Maria Paula Dallari (org.): *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*, Saraiva, São Paulo, p. 14.

Una definición “funcional” de política pública es: “la *policy-making* se refiere fundamentalmente a los actores rodeados de restricciones que tratan de conciliar los objetivos políticos (*policy goals*) con los medios políticos (*policy means*), en un proceso que puede caracterizarse como ‘resolución aplicada de problemas’”. Los autores van más allá y definen que la identificación de los problemas y la aplicación de las soluciones encontradas (por imperfectas que sean) implican la articulación de objetivos políticos a través de deliberaciones y discursos, además del uso de herramientas políticas (*policy tools*) en un intento de alcanzar estos objetivos<sup>9</sup>.

Con el fin de estudiar las políticas públicas como un proceso aplicado a la resolución de un determinado problema, hay tres puntos centrales que pueden resumirse de la siguiente manera: “a) el agente primario de la *policy-making* pública es un agente del gobierno; b) la *policy-making* implica una decisión fundamental por parte de los gobiernos de hacer algo o no con respecto a un problema, y esta decisión es tomada por los políticos electos y otros funcionarios oficiales”. Por lo tanto, es una decisión tomada para emprender un curso de acción particular; “c) la política pública es una determinación consciente de un gobierno”<sup>10</sup>.

Se puede decir que el uso del término política pública puede designar no solo “la política del Estado, sino la política del público, de todos”. Se trata “de la política destinada a avanzar en los objetivos colectivos de mejora de la comunidad y cohesión – o de la interdependencia – social”<sup>11</sup>. En resumen, también se afirma que la política pública: “es un conjunto de decisiones y acciones adoptadas por organismos públicos y organizaciones de la sociedad, intencionalmente coherentes entre sí, que, bajo la coordinación estatal, están destinadas a enfrentar un problema político”<sup>12</sup>.

Toda política pública es una forma de intervención en las relaciones sociales para hacer frente a un problema político. Esta acción está siempre condicionada por los intereses y expectativas de los miembros de las relaciones. En consecuencia, “puede definirse como la búsqueda explícita y racional de un objetivo, gracias a la adecuada asignación de medios que, a través de un uso razonable, deben producir consecuencias positivas”<sup>13</sup>.

En el caso de la política pública de promoción de la salud, por ejemplo, se observa su papel en el cumplimiento, entre otros, de un objetivo específico: “crear servicios y acciones de salud que pongan a los sujetos – usuarios y profesionales de la salud –, como protagonistas en la organización del proceso productivo de salud, entendiendo que allí se produce salud, sujetos, mundo”<sup>14</sup>.

Para implementarse, la política pública de promoción de la salud requiere la asignación de medios, como recursos humanos, capacitación adecuada y estructura, por parte de la administración pública. Por lo tanto, se puede señalar como una política pública, ya que

---

9 HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony (2013): Política Pública, seus ciclos e subsistemas, uma abordagem integral, Elsevier, Rio de Janeiro, p. 5-6.

10 HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony (2013): Op. Cit., p. 6-7.

11 MASSA ARZABE, Patrícia Helena (2006): “Dimensão jurídica das políticas públicas” en BUCCI, Maria Paula Dallari (org.): Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico, Saraiva, São Paulo, p. 60.

12 SCHMIDT, João Pedro (2018): “Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas”, en Revista do Direito, v. 3, n. 56, p. 119-149, sep/dic. 2018, Santa Cruz do Sul, p. 127.

13 GRAU, Eros Roberto (2000): O direito e o direito pressuposto, Malheiros, São Paulo, p. 26.

14 Es importante destacar que el autor utiliza el SUS (Servicio Único de Salud) como uno de los ejemplos de la política pública de promoción de la salud en Brasil. CAMPOS, Gastão Wagner; BARROS, Regina Benevides de; CASTRO, Adriana Miranda de (2019): Op. Cit., p.746.

se refiere a un “conjunto de programas de acción gubernamental estable en el tiempo, racionalmente configurados, implementados y evaluados, dirigidos a la realización de derechos y objetivos social y jurídicamente relevantes”. Estos conjuntos de programas de gobierno se identifican con la “distribución y redistribución de bienes y posiciones que brinden oportunidades para que cada persona pueda vivir con dignidad y ejercer sus derechos”, a fin de asegurarles recursos y condiciones para la acción, así como la libertad de elección para el uso de estos recursos<sup>15</sup>.

Además, la política pública de promoción de la salud se clasifica como política de Estado, ya que expresa “opciones ampliamente apoyadas por las fuerzas políticas y sociales, tiene disposiciones legales y cuenta con mecanismos y regulaciones para su implementación”. Las políticas de Estado “cruzan” gobiernos de diferentes concepciones ideológicas, precisamente porque están arraigadas en el aparato estatal y tienen una amplia legitimación. Caracterizar una política como “de Estado” no es conferir un “calificativo de excelencia ético-política, sino reconocer que cumple las condiciones para extenderse en el tiempo. Por lo tanto, a diferencia de las políticas de gobierno, que ‘tienden a ser provisionales’, las políticas de Estado son “duraderas”<sup>16</sup>.

Para lograr sus objetivos, las políticas públicas se formulan en un proceso que abarca todo el procedimiento de discusión, aprobación e implementación. Particularmente en los sistemas democráticos, estos procesos se desarrollan en un escenario político en el que actúan diversos y distintos “actores políticos” (o “jugadores”, en referencia específica a la teoría de los juegos). Los jugadores incluyen actores estatales oficiales y políticos profesionales (presidentes, líderes de partidos, legisladores, jueces, gobernadores, burócratas), así como grupos privados, sindicatos, medios de comunicación y otros miembros de la sociedad civil. Dichos actores interactúan en diversos “ámbitos”, que pueden ser formales (como el Legislativo), o informales (“la calle”), y pueden tener distintos grados de transparencia<sup>17</sup>.

La teoría de los ciclos enumera “cinco fases que permiten comprender como surge y se desarrolla una política: (i) percepción y definición del problema; (ii) inserción en la agenda política; (iii) formulación; (iv) implementación; y (v) evaluación”<sup>18</sup>. La etapa de formulación de políticas públicas se basa en “estudios previos y en un sistema de información adecuado, definiendo no sólo los objetivos, sino también los recursos y el horizonte temporal de la actividad de planificación”<sup>19</sup>. En el caso de las políticas públicas dirigidas a la sociedad, el proceso de formulación de estas debe estar atento al contexto en el que se encuentra, buscando información para su adecuada implementación.

Además, la formulación de políticas públicas como actividad de planificación debe tener siempre en cuenta el objetivo que se pretende alcanzar y el propósito deseado. En el caso de la política pública de promoción de la salud, puede calificar, por ejemplo, las acciones del Sistema Único de Salud (SUS), reorganizando los servicios de salud, preparando “los profesionales de la salud que trabajan allí para incluir la población en la cons-

---

15 MASSA-ARZABE, Patricia Helena (2006): Op. Cit., p. 63.

16 SCHMIDT, João Pedro (2018): Op. Cit., p. 127.

17 STEIN, Ernesto (2007): A política das políticas públicas: progresso econômicos e social na América Latina: relatório 2006, Banco Interamericano de Desenvolvimento e David Rockefeller Center for Latin America Studies, Harvard University, Elsevier Washington, Rio de Janeiro, p. 17.

18 SCHMIDT, João Pedro (2018): Op. Cit., p. 131.

19 SILVA, Pedro Luís Barros; MELO, Marcus André Barreto de (2000): O processo de implantação de políticas públicas no Brasil: características determinantes de avaliação de programas e projetos, en Cadernos de pesquisa, n. 48, Núcleos de Políticas Públicas, Unicamp, p. 14.



trucción y gestión de sus proyectos de salud y procesos de trabajo, montando colegiados administradores que no se dejen burocratizar” etc.<sup>20</sup>.

Sin embargo, cuando las políticas de salud pública no se cumplen pueden generar conflictos que, mal organizados y administrados, terminan por llegar al Poder Judicial en la forma de litigios procesualizados (procesos)<sup>21</sup>. Estos procesos terminan contribuyendo a la congestión del Poder Judicial, además de recibir prestación jurisdiccional a menudo tardía e inadecuada para el tipo de demanda propuesta en ellos<sup>22</sup>.

En el estudio “Judicialización de la Política de Salud Pública en los Municipios Brasileños: Un Retrato Nacional” organizado por el CNJ (2015) se destaca “la necesidad de que el Poder Judicial establezca medios de formación que permitan a los actores políticos, legales y participativos involucrados en la resolución del conflicto transitar en el área de salud”. Las capacidades señaladas son “competencias y habilidades prácticas de mediación, construcción de consensos y diálogo institucional centrados en la salud”. Así, llama la atención el hecho de que el mencionado Informe señala que el área de salud debe “reconocer la necesidad de extrapolar el ámbito de la acción judicial, lo que requiere alternativas institucionalizadas que también incluyan el ámbito político y el de otras entidades involucradas”<sup>23</sup>.

La propuesta de que los litigios legales de salud encuentren otras vías para su administración/resolución va en la misma dirección del propuesto en otras áreas del Derecho. Desde 2010 un número creciente de litigios se han sometidos a medios autocompositivos, incluida la mediación. La mediación es un mecanismo de autocomposición también propuesto en el Informe de Judicialización de la Política de Salud Pública en los Municipios Brasileños: Un Retrato Nacional, del CNJ, con fecha de 2015, como un medio para responder adecuadamente a los litigios legales de salud.

## 2- “Autocomposición legal de la salud”<sup>24</sup>”

La autocomposición, un acto volitivo de las partes en la dirección de resolver el conflicto o litigio, puede ocurrir a través de la mediación, de la conciliación y de la negociación, con o sin la participación de un tercero imparcial, que podrá ayudar en este proceso. Esta es una forma autónoma (las partes son los titulares del poder para decidir la disputa) de administrar/resolver litigios, actuando de manera más eficiente para comprometer los intereses. Se basa en factores persuasivos y consensuales, por los cuales las partes

---

20 CAMPOS, Gastão Wagner; BARROS, Regina Benevides de; CASTRO, Adriana Miranda de (2004): Op. Cit., p. 746.

21 El municipio de São Paulo, por ejemplo, “actualmente cuenta con 51 mil demandas judiciales en curso y más de 35 mil demandas administrativas. Para manejar una cantidad tan grande de información, se está utilizando un sistema de información específico para la obtención de datos, el S-Codes. A partir del sistema, los gestores pudieron crear un índice de judicialización de São Paulo, que consiste en el número de demandas judiciales por cada 10 mil habitantes. El promedio de procesos en el Estado es de 3.3, pero en grandes regiones que se consideran centros de producción de conocimiento de salud, como Ribeirão Preto, Barretos y Marília, por ejemplo, hay un promedio de 11 procesos por cada diez mil habitantes. En el gran São Paulo el promedio es de 0.77”. Estos procedimientos incluyen: “58% de las demandas judiciales provienen de la prescripción de un médico privado; 65% se refiere a medicamentos; 78% de ellos están estandarizados por el SUS; 2% son productos importados sin registro en la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria ANVISA; el 22% de las demandas requieren una marca comercial específica del medicamento.” SETOR SAÚDE (2015): Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência. Tomado de: <https://setorsaude.com.br/estudo-revela-situacao-da-judicializacao-da-saude-no-brasil/>, fecha de consulta: 19.08.19.

22 En más del 80% de los procesos (8 de cada 10), la solicitud se concede automáticamente y rara vez trae la comprobación de la demanda y el uso por parte del paciente, o incluso el comprobante de entrega del medicamento. Sector salud (2015): Op. Cit.

23 RIBEIRO, Wesley Carlos (2018): “A mediação como meio de resolução de conflitos na área de saúde, en Revista De Direito Sanitário: Journal of Health Law, USP, São Paulo, v.18, n.3, nov.2017/feb.2018, p. 65. Tomado de: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/144648&gt>, fecha de consulta: 16.09.2019.

24 La expresión aquí referida fue utilizada por el profesor Celso Fernando Campilongo en una conferencia dada en el Centro de Estudios e Investigaciones en Derecho de Salud –CEPEDISA – de la Facultad de Salud Pública de la Universidade de São Paulo - USP, el 28 de junio de 2019.

componen el litigio, de tal manera que obtienen soluciones más duraderas y factibles<sup>25</sup>.

Se denomina autocomposición en la medida en que los involucrados en el litigio asumen el riesgo y la responsabilidad de la decisión que adoptan, por consenso, poniendo fin mediante una transacción (acuerdo), revocación (renuncia al derecho), sumisión (reconocimiento jurídico de la solicitud), etc.

El principal efecto de la autocomposición "es hacer desaparecer el litigio. Si es judicial, provoca el fin del proceso; si es preventivo, lo evita. Los alcances de la autocomposición son los mismos que los del proceso, de carácter jurídico, social y político, tanto en relación con los involucrados como, indirectamente, con la sociedad"<sup>26</sup>.

La principal diferencia entre autocomposición y heterocomposición se refiere al hecho de que, mientras que en los procesos heterocompositivos, cuyos modelos se denominan adversariales (arbitraje y jurisdicción), siempre hay ganadores y perdedores (ganadores/perdedores), en los procesos autocompositivos de modelos consensuales (negociación, mediación y conciliación), se buscan las soluciones ganadoras (ganadores/ganadores), observando los intereses de todos<sup>27</sup>.

Precisamente por eso, la autocomposición puede ser un camino adecuado de tratar los litigios de la salud, ya que trabaja con el diálogo y con la búsqueda de consenso por parte de los propios litigantes. Aunque existen proyectos e iniciativas prácticas para la mediación en salud<sup>28</sup> ésta es una de las formas autocompositivas, junto con la conciliación. Esta información es importante ya que, dependiendo del tipo de litigio y de sus características principales, se aplica la mediación o la conciliación.

Las diferencias entre la mediación y la conciliación son significativas. Ocurren en términos del concepto mismo, pero también operan significativamente en el papel desempeñado por los profesionales que administran las sesiones, el tipo de litigio tratado en ellas, los objetivos perseguidos y los resultados deseados<sup>29</sup>.

La mediación es un procedimiento de transformación de los antagonismos en puntos de convergencia (no necesariamente en puntos de acuerdo), a través de la intervención de un tercero elegido por las partes en conflicto. La mediación consiste en uno "de los instrumentos de pacificación de naturaleza autocompositiva y voluntaria, en el que un tercero, imparcial, actúa, de manera activa o pasiva, como facilitador del proceso de rea-

25 MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion (2019): *Mediação e arbitragem: Alternativas à jurisdição*, Livraria do Advogado, Porto Alegre.

26 CAHALI, Francisco José (2015): *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução*, CNJ 125/2010, Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 43.

27 BACELLAR, Roberto Portugal (2011): "O Poder Judiciário e o paradigma da guerra na solução de conflitos" en PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coord.): *Conciliação e mediação: estruturação da Política Judiciária Nacional*, Forense, Rio de Janeiro.

28 Al respecto, se puede citar la práctica de la mediación de la salud llevada a cabo "instituida en 2012 en el Ministerio Público del Estado de Minas Gerais, que consiste en una serie de acciones dirigidas a la confrontación de problemas colectivos en el área de la salud. Similar a la audiencia pública - evento que culmina en la realización de una reunión organizada, abierta a todos los ciudadanos, con el objetivo de "discutir, escuchar y recoger sugerencias, demandas e informaciones de la sociedad y de las autoridades públicas", proporcionando subsidios para una decisión administrativa (Resolución PGJ n. 29, del 25.03.2014, publicada en el Diario Oficial Electrónico del MPMG del 26.03.2014) - la Mediación Sanitaria fue concebida con un alcance resolutivo, proponiendo afrontar "complejas demandas en salud, con repercusión colectiva, especialmente en el aspecto preventivo, para encontrar soluciones consensuadas, substituyendo la judicialización evitable de la política de salud, con mayor legitimidad y efectividad" (Resolución PGJ n. 78, del 18.09.2012, publicada en el Diario Oficial Electrónico del MPMG del 20.09.2012) FERNANDES, Antonio Joaquim Schellenberger (2018): "Mediação Sanitária: Os elementos materiais do direito coletivo à saúde", en FERNANDES, Antonio Joaquim Schellenberger: *Direito à saúde: tutela coletiva e mediação sanitária*, Editora D'Plácido, Belo Horizonte, p. 368.

29 SPENGLER, Fabiana Marion (2019a): *Dicionário de Mediação: Volume I, Essere nel Mondo*, Santa Cruz do Sul.

nudación del diálogo entre las partes, antes o después de que se establezca el conflicto<sup>30</sup>. El mediador tiene, entonces, la tarea de permitir que las partes en conflicto expresen sus sentimientos y sus intereses dándoles espacio para formular de manera creativa sugerencias y propuestas para la resolución apropiada de su conflicto. El mediador no desempeña un papel activo en la propuesta de acuerdos, ni en la orientación de las partes en el conflicto. Esta tarea no es su responsabilidad<sup>31</sup>.

La conciliación, por su parte, es un instituto que tiene como objetivo alcanzar voluntariamente un acuerdo neutral y cuenta con la participación de un tercero – conciliador – que interviene, e incluso puede sugerir propuestas con el fin de dirigir la discusión. En la conciliación el objetivo es el acuerdo. En ella, las partes, incluso las adversarias, deben llegar a un acuerdo para evitar el proceso judicial o ponerle fin, si ya existe<sup>32</sup>. Precisamente por este motivo, el conciliador sugiere, orienta, interfiere y asesora a las partes, sin analizar el litigio en profundidad.

Al delimitar conciliación y mediación, se observa que la diferencia básica entre ambas está en el origen del litigio (relación continuada o relación esporádica), en la postura del mediador/conciliador o en las técnicas utilizadas por él<sup>33</sup>. Además, el objetivo principal de la conciliación es la pacificación de los litigios procesales mediante la elaboración de acuerdos. La mediación, por su parte, tiene como objetivo humanizar el conflicto, restaurando la comunicación rota entre los litigantes y hacerla viable y, si es posible, armoniosa. El acuerdo es un efecto secundario de la mediación y no el objetivo principal que debe perseguirse, como es el caso de la conciliación.

En resumen y de manera muy objetiva, la mediación y la conciliación difieren<sup>34</sup>:

a) en cuanto al litigio: en la conciliación existen litigios esporádicos, sin que exista una relación previa o posterior entre las partes en conflicto. Ej.: relaciones de consumo entre los planes de salud y sus asegurados; mientras que en la mediación hay litigios en los cuales los involucrados tienen relaciones cercanas antes del problema y que permanecerán (al menos eso se espera), íntegras después de su resolución. Ejemplo típico son los litigios entre el médico y el paciente o entre el médico y el hospital, entre otros.

b) en cuanto al papel del mediador/conciliador: en la mediación hay una tercera persona que actúa como mediador, ayudando a las partes en conflicto a restablecer la comunicación. El mediador no sugiere, no propone, no guía. El conciliador, por el contrario, es el tercero que puede sugerir, proponer, guiar y dirigir el debate y sus resultados.

c) en cuanto a los objetivos perseguidos: la mediación busca una administración/resolución adecuada del litigio que pueda generar comunicación y satisfacción de los involucrados. El acuerdo puede ser una consecuencia de esta dinámica, pero un procedimiento de mediación que no haya concluido con un acuerdo no podrá calificarse de infructuoso si permitió que las partes en conflicto vuelvan a hablar. La mediación busca el consenso y la pacificación social efectiva. La conciliación tiene como objetivo principal llegar a un acuerdo, por lo que es un procedimiento centrado en la necesaria composi-

30 CAHALI, Francisco José (2015): Op. Cit., p. 85.

31 SPENGLER, Fabiana Marion (2019b): Dicionário de Mediação: Volume II, Essere nel Mondo, Santa Cruz do Sul.

32 CAHALI, Francisco José (2015): Op. Cit., p. 86.

33 CAHALI, Francisco José (2015): Op. Cit., p. 87.

34 SPENGLER, Fabiana Marion (2017): Mediação de conflitos. Teoria e Prática, Livraria do Advogado, Porto Alegre.

ción entre las partes. El objetivo es resolver el litigio mediante un acuerdo.

d) en cuanto a las técnicas utilizadas y la dinámica de las sesiones: la mediación prevé el empleo de técnicas destinadas a escuchar y revelar el interés real involucrado en el litigio. Es un procedimiento dirigido a las personas que se convierten en protagonistas de sus historias y de la construcción de respuestas a sus problemas. La mediación prevé sesiones más largas que la conciliación, así como la reprogramación de dichas sesiones cuando sea necesario que el diálogo se mantenga y madure, de modo que posteriormente se puedan tomar las decisiones. Por otra parte, la conciliación prevé el uso de técnicas de negociación más centradas en el propio acuerdo; estimula las propuestas y contrapropuestas de las partes en conflicto y del conciliador. La conciliación se realiza en sesiones más cortas y la hipótesis de reprogramación de nuevas reuniones no es tan frecuente.

En vista de lo anterior, se observa que la mediación y la conciliación son institutos relacionados, aunque diferentes. Cada uno de ellos tiene sus límites y posibilidades al servicio de litigios específicos, con características y formas de acción también diferenciadas.

Así, cuando se propone un camino diferente para tratar los litigios jurídicos en materia de salud, cuyo objetivo es una respuesta rápida y de calidad, evadiendo la judicialización, es necesario verificar qué procedimiento autocompositivo es más apropiado: mediación o conciliación.

Ese cuidado es especialmente necesario cuando se trata de un litigio jurídico en materia de salud que tiene, en uno de los polos, la administración pública, por ejemplo. En este caso, según la Ley 13140/2015, en su art. 1<sup>35</sup>, la autocomposición puede usarse para administrar/resolver el problema. La misma Ley determina la confidencialidad en el procedimiento de mediación y, dado que la administración pública está de uno de los lados de la disputa, es necesario buscar otro camino autocompositivo: la conciliación. Esto se debe a que uno de los principios de la administración pública es precisamente la publicidad, lo que es incompatible con uno de los principios básicos de la mediación que es precisamente la confidencialidad.

## II. Conclusión

Con el fin de cumplir el precepto constitucional del derecho fundamental a la salud en Brasil, se crearon políticas públicas. Dichas políticas públicas, cuando no se cumplen pueden conducir a litigios. La mayoría de las veces estos litigios son direccionados al Poder Judicial, el cual, al resolverlos, no siempre ofrece una respuesta rápida, factible y/o adecuada.

Por lo tanto, en vista de la complejidad de los litigios relacionados con las cuestiones jurídicas de salud y de las dificultades cada vez más frecuentes de la jurisdicción para responder a esos litigios, se buscan caminos alternativos y/o complementarios. Uno de esos caminos es la autocomposición.

La autocomposición no es un procedimiento nuevo, sin embargo, ganó notoriedad en Brasil principalmente después de la promulgación del Código de Procedimiento Civil y de

---

35 Artículo 1: Esta Ley establece la mediación como medio de resolución de litigios entre particulares y sobre la autocomposición de conflictos en el ámbito de la administración pública.

la Ley 13140, ambos de 2015. Los mecanismos autocompositivos tienen como objetivo el consenso nacido del diálogo entre los litigantes ya que no funciona con la decisión del juez como un tercero que decide el litigio. La mediación y la conciliación son dos ejemplos de mecanismos autocompositivos.

De esta manera, la autocomposición es posible y totalmente factible para administrar/resolver litigios jurídicos en materia de salud. Sin embargo, es necesario analizar el tipo de litigio y luego concluir sobre el mejor medio autocompositivo: ya sea mediación o conciliación.

La mediación servirá para conflictos que tengan un sesgo más afectivo y sentimental, en el que existan relaciones previas y continuas entre los involucrados, como las que existen entre el médico y su paciente. La conciliación ya se enfoca en el acuerdo, no teniendo como objetivo principal el mantenimiento o el restablecimiento de la relación rota. En estos casos, ella tiene un uso especial en los asuntos que impliquen, por ejemplo, las relaciones de consumo derivadas de los planes de salud.

En conclusión, puede observarse que la autocomposición puede ser utilizada para tratar litigios legales de salud considerando las cuestiones específicas que involucren el caso concreto y especialmente, la protección y promoción del derecho a la salud de todos los brasileños.

---

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BACELLAR, Roberto Portugal (2011): "O Poder Judiciário e o paradigma da guerra na solução de conflitos" en PELUSO, Antonio Cezar; RICH, Morgana de Almeida (coord.): Conciliação e mediação: estruturação da Política Judiciária Nacional, Forense, Rio de Janeiro.
- BUCCI, Maria Paula Dallari (2006): "O conceito de política pública em direito" en BUCCI, Maria Paula Dallari (org.): Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico, Saraiva, São Paulo.
- CAHALI, Francisco José (2015): Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução, CNJ 125/2010, Revista dos Tribunais, São Paulo.
- CAMPOS, Gastão Wagner; BARROS, Regina Benevides de; CASTRO, Adriana Miranda de (2019): Avaliação de política nacional de promoção da saúde: ciência e saúde coletiva. Tomado de: <http://www.cienciaesaudecoletiva.com.br>, fecha de consulta: 19.08.2019.
- Conselho Nacional de Justiça (2017): Relatório Justiça em Números. Tomado de: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>, fecha de consulta: 13.08.2019.
- GRAU, Eros Roberto (2000): O direito e o direito pressuposto, Malheiros, São Paulo.
- HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL Anthony (2013): Política Pública, seus ciclos e subsistemas, uma abordagem integral, Elsevier, Rio de Janeiro.
- SETOR SAÚDE (2015): Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência. Tomado de: <https://setorsaude.com.br/estudo-revela-situacao-da-judicializacao-da-saude-no-brasil/>, fecha de consulta: 19.08.19.
- MARTINI, Sandra Regina; STURZA, Janaína Machado (2019): Direitos Humanos: saúde e

fraternidade, Evangraf, Porto Alegre.

- MASSA ARZABE, Patrícia Helena (2006): "Dimensão jurídica das políticas públicas" en BUCCI, Maria Paula Dallari (org.): Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico, Saraiva, São Paulo.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion (2019): Mediação e arbitragem: Alternativas à jurisdição, Livraria do Advogado, Porto Alegre.
- RIBEIRO, Weslley Carlos (2018): "A mediação como meio de resolução de conflitos na área de saúde, en Revista De Direito Sanitário: Journaul of Health Law, USP, São Paulo, v.18, n.3, nov.2017/feb.2018. Tomado de: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/144648>&gt;, fecha de consulta: 16.09.2019.
- FERNANDES, Antonio Joaquim Schellenberger (2018): "Mediação Sanitária: Os elementos materiais do direito coletivo à saúde", en FERNANDES, Antonio Joaquim Schellenberger: Direito à saúde: tutela coletiva e mediação sanitária, Editora D'Plácido, Belo Horizonte.
- SCHMIDT, João Pedro (2018): "Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas", en Revista do Direito, v. 3, n. 56, p. 119-149, sep/dic. 2018, Santa Cruz do Sul.
- SILVA, Pedro Luís Barros; MELO, Marcus André Barreto de (2000): O processo de implantação de políticas públicas no Brasil: características determinantes de avaliação de programas e projetos, en Cadernos de pesquisa, n. 48, Núcleos de Políticas Públicas, Unicamp.
- SPENGLER, Fabiana Marion (2017): Mediação de conflitos. Teoria e Prática, Livraria do Advogado, Porto Alegre.
- SPENGLER, Fabiana Marion (2019a): Dicionário de Mediação: Volume I, Essere nel Mondo, Santa Cruz do Sul.
- SPENGLER, Fabiana Marion (2019b): Dicionário de Mediação: Volume II, Essere nel Mondo, Santa Cruz do Sul.
- STEIN, Ernesto (2007): A política das políticas públicas: progresso econômicos e social na América Latina: relatório 2006, Banco Interamericano de Desenvolvimento e David Rockefeller Center for Latin America Studies, Havard University, Elsevier Washington, Rio de Janeiro.

# A COMPLEXA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À ATENÇÃO BÁSICA EM SAÚDE NO BRASIL: PARADOXOS TEÓRICOS E NORMATIVOS<sup>1</sup>

## THE COMPLEX EFFECTIVATION OF THE RIGHT TO BASIC HEALTH CARE IN BRAZIL: THEORETICAL AND NORMATIVE PARADOXES

**Giovana Knorst Chaves<sup>2</sup> Lais Dockorn Nunes Pereira<sup>3</sup>  
Janaína Machado Sturza<sup>4</sup>**

**DOI:** [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2020\)03](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)03)

### RESUMEN:

El derecho a la salud en Brasil, como señala nuestra Constitución federal de 1988, es un derecho de todos y un deber del Estado, garantizado a través de políticas sociales y económicas destinadas a reducir el riesgo de enfermedades y otras enfermedades y proporcionar acceso universal e igualitario a acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación. Esta investigación tiene como objetivo analizar la realización del derecho a la salud a través del acceso al derecho a la atención básica de salud, especialmente políticas públicas articuladas y promovidas por el Ministerio de Salud. A cabo bajo la perspectiva reflexiva de las teorías de la Ley Fraterna y la Ley de Vida, para demostrar que el derecho a la salud es un bien común para todos, en este escenario, la necesaria realización de tal derecho bajo la protección de la fraternidad en el sentido jurídico-social.

### ABSTRACT

The right to health in Brazil, as our 1988 Federal Constitution points out, is a right of all and a duty of the State, guaranteed through social and economic policies aimed at reducing the risk of disease and other harms and universal and equal access to actions and services for their promotion, protection and recovery. This research aims to analyze the effectiveness of the right to health through access to the right to basic health care, especially public policies

<sup>1</sup> Artigo elaborado a partir do projeto de pesquisa "A complexa efetivação do direito à atenção básica em saúde no Brasil: paradoxos teóricos e normativos", apoiado pelo PIBIC/CNPq, a ser desenvolvido no período de agosto de 2018 à julho de 2021, junto ao Programa de Pós Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos da Unijui/RS.

<sup>2</sup> Graduanda em Direito pela UNIJUI. Bolsista PIBIC/CNPq do projeto "A complexa efetivação do direito à atenção básica em saúde no Brasil: paradoxos teóricos e normativos". E-mail: [gjovanaknorst@gmail.com](mailto:gjovanaknorst@gmail.com); ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9619-1275>.

<sup>3</sup> Graduanda em Direito pela UNIJUI. Bolsista PIBIC/CNPq do projeto "A complexa efetivação do direito à atenção básica em saúde no Brasil: paradoxos teóricos e normativos". E-mail: [laisdockorn@gmail.com](mailto:laisdockorn@gmail.com); ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8653-3024>.

<sup>4</sup> Pós doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Doutora em Direito pela Escola Internacional de Doutorado em Direito e Economia Tullio Ascarelli, da Universidade de Roma Tre/Itália. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas também pela UNISC. Graduada em Direito pela UNISC. Professora na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI, lecionando na graduação em Direito e no Programa de Pós Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado. Integrante do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (CNPq). E-mail: [janasturza@hotmail.com](mailto:janasturza@hotmail.com); ORCID iD: <http://orcid.org/0000-001-9290-1380>.

articulated and promoted by the Ministry of Health. This study will be conducted from the reflective perspective of the theories of Fraternal Law and Living Law, to demonstrate that the right to health is a common good for all, in this scenario, the necessary realization of such a right under the protection of the fraternity in the juridical-social sense.

PALABRAS CLAVE: Dignidad Humana; Políticas públicas; Ley Viva; Ley Fraternal.

KEY WORDS: Human dignity; Public policy; Living Law; Fraternal Law.

## I. Introdução

O presente projeto objetiva fazer uma análise do direito fundamental social à saúde, em especial às políticas públicas articuladas e fomentadas pelo Ministério da Saúde para garantir e promover o acesso à atenção básica em saúde como parte do direito à saúde. Para tanto, utilizar-se-á o aporte teórico e normativo pós Constituição de 1988, buscando especialmente conhecer as políticas públicas do sistema público de saúde no Brasil. Tal estudo será realizado sob a perspectiva reflexiva das teorias do Direito Fraternal e do Direito Vivo, considerando-se que os direitos sociais são direitos humanos fundamentais no senso jurídico, uma vez que são direitos que tem como escopo a índole social do ser humano, além de serem exigências que brotam da condição de sermos membros ativos e solidários de um grupo social.

## II. O reconhecimento do Direito à Saúde como direito fundamental após a Constituição de 1988

Após o fim da 2ª Guerra Mundial, foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), em 10 de dezembro de 1948, reconhecendo que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, dotados de razão e consciência, devendo agir com espírito de fraternidade. Em 1966, mais dois importantes documentos são adotados e proclamados pela Assembleia das Nações Unidas, formando a Carta Internacional dos Direitos do Homem: o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Econômicos (PIDESC), e o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), (ONU, 1966), ambos afirmando que a dignidade é inerente a todos os membros da família humana, e seus direitos são iguais e inalienáveis, constituindo fundamento da liberdade, da justiça e da paz no Mundo, dando início ao fenômeno da internacionalização e universalização dos direitos humanos (BRASIL, 2002).

Em 1960 teve início a discussão sobre a determinação econômica e social da saúde, buscando superar a aceção do termo saúde centrada no controle da enfermidade. Foi a partir da Conferência da Alma-Ata em 1978, que se definiram os principais aspectos para o desenvolvimento do direito à saúde. Com os ventos trazidos pela redemocratização do país, o 1º Simpósio sobre Política Nacional de Saúde, em 1979, lançou os princípios da Reforma Sanitária inspirados por Alma-Ata. Em 1986, a 8ª Conferência Nacional de Saúde, influenciada pela Carta de Ottawa, firmou o entendimento da necessidade de reformulação mais profunda da saúde, a partir da ampliação de conceito de saúde. Após inúmeros embates, prevaleceu o entendimento que saúde é a "resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, em-



prego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde". Assim, o foco do atendimento à saúde passou a ser o desenvolvimento adequado das condições sanitárias, sociais e econômicas. O produto final era a saúde, mas os meios para atingi-la dependeriam de um conjunto de ações estatais. Para atingir esse objetivo, foi aprovada a formação da Comissão Nacional da Reforma Sanitária, responsável pela elaboração de proposta, norteadas pelo novo conceito de saúde, para subsidiar a Constituinte, o que acabou por resultar na criação do SUS e na aprovação do texto final do artigo 196 da Constituição de 1988:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, [s.d.]).

Destarte, a Constituição de 1988 assegura a todos o direito à saúde, que deverá ser desenvolvido através de políticas públicas garantindo a universalidade e a igualdade no acesso aos serviços de saúde. Esse direito encontra-se intimamente conectado com a cidadania e a dignidade humana, fundamentos do Estado Democrático de Direito conforme artigo 1º, incisos II e III da CF/88, bem como ao projeto constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, de desenvolvimento nacional e da erradicação da pobreza e marginalização, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, elencados no artigo 2º, incisos I, II e III da CF/88.

Enquanto os direitos humanos de concepção liberal foram construídos historicamente para conter as ações abusivas do Estado em relação aos indivíduos, configurando um direito de resistência, os direitos econômicos, sociais e culturais, de agora em diante apenas direitos sociais, emergem das tensões sociais vividas a partir do século XIX com a Revolução Industrial, que passou a impor, por exemplo, um regime de trabalho que envolvia crianças, adultos e idosos, indistintamente. Esse ambiente de exploração do trabalho humano reforçou a insatisfação social no decorrer do século XIX, gerando movimentos reivindicatórios de sociedades autônomas, como sindicatos e grupos de apoio, e encontrando grandes barreiras econômicas e políticas. Frankenberg (1997, p. 14) explica:

O Bem-Estar como assistência pública sucumbiu à política do *laissez faire*. As obrigações da sociedade para com o miserável e desafortunado foram interpretadas como uma ameaça que prejudicava o princípio da concorrência e o funcionamento do Mercado de trabalho. A sociedade de Mercado de concorrentes isolados ofuscou a sociedade dos indivíduos mutuamente responsáveis; ao longo do século XIX o individualismo possessivo, sob o pretexto de liberdade prevaleceu sobre a fraternidade/solidariedade e os direitos sociais.

Diante dessas enormes dificuldades, no final do século XIX, organizações de trabalhadores na Inglaterra, avançaram na ideia de desenvolver autoajuda, com a criação de fundos, baseados em contribuições voluntárias, cujos benefícios seriam pagos no caso de enfermidades e velhice aos membros, viúvas e órfãos, além de oferecerem serviços funerários e locais para lazer. Mas, foi no início do século XX, que os direitos sociais avançaram, com sua positivação em diversas constituições: Constituição Mexicana de 1917, Constituição de Weimar de 1919, Constituição Espanhola de 1931, Constituição Russa

de 1936 e Constituição da Irlanda de 1937. Em relação à positivação nas constituições brasileiras, assinala-se a previsão do direito ao trabalho na Constituição Imperial de 1824 (artigo 179, inciso XXIV) e a omissão a respeito a qualquer direito social na Constituição Republicana de 1891. Foi a partir da Constituição de 1934 que se consagraram alguns direitos sociais, positivação que se verificou nas Constituições de 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988. A positivação dos direitos sociais antecedeu uma série de eventos ocorridos no pós-guerra. Somente com a execução do relatório pelo Governo Trabalhista.

O direito à saúde no Brasil só foi positivado com a Constituição de 1988. Até então, a preocupação do constituinte com a saúde deu-se de forma esparsa, inconsistente, sem vestígio de qualquer sistematização do desenvolvimento da saúde para a nação, ressaltando-se a Constituição de 1969, que estabelece competência originária legislativa sobre saúde para a União, e suplementar para os Estados, bem como competência material para a União desenvolver plano nacional de saúde. Incluído no rol dos direitos sociais do artigo 6º pelo constituinte originário de 1988, vincula-se imediatamente aos dispositivos dos artigos 196 a 200 da Carta, onde encontrou maior concretização normativa, com previsão de vasta legislação infraconstitucional. Trata-se de normas de natureza programática, assim definidas didaticamente por José Afonso da Silva (2001, p. 138):

[...] normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativo, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.

As normas que disciplinam o direito à saúde se caracterizam como normas programáticas, ou normas-tarefas, de cunho impositivo, de forma que não há como se negar seu caráter obrigatório, que impõem aos poderes públicos uma série de tarefas para realizar o projeto do constituinte, notadamente dependente de intermediação legislativa. Canotilho (2003, p. 1177) cita três características importantes das normas programáticas:

Vinculação do legislador de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); (2) vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes toma-las em consideração como directivas materiais permanente, em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam.

Além das grandes disposições constitucionais a disciplinar os direitos sociais, e em especial o direito à saúde, os estudiosos do tema apontam uma série de objeções a esses direitos. Limitamos a abordar três delas, as quais são consideradas importantes para a efetividade do direito à saúde e para o que se pretende explanar quanto ao desenho institucional das doenças negligenciadas. A primeira questionada é a possibilidade de o direito à saúde, assim como os direitos sociais, ser incluído legitimamente no rol dos direitos humano. A segunda constitui na objeção aos direitos sociais, atingindo especialmente o direito à saúde. Ressalta que mesmo que se empreendam todos os esforços

disponíveis, não será possível realizar todos os direitos sociais para todos os indivíduos, significando dizer que nem todos os cidadãos receberão adequadamente todos os serviços de saúde de que necessitam. Essa crítica se encaminha para a discussão sobre a reserva do possível, crítica financeira formulada a partir de uma norma do PIDESC (artigo 2º, 1), onde ficou consignado progressiva para assegurar o pleno exercício dos direitos reconhecidos no Pacto. Todavia, é esses recursos são insuficientes para atender todas as necessidades de saúde, impondo aos poderes públicos a tarefa de escolher onde investir os escassos recursos disponíveis, já que o orçamento público se apresenta habitualmente aquém da demanda social (SARLET, 2005).

Desta forma, a saída para aqueles que não têm acesso aos cuidados necessários à sua saúde, como o fornecimento de medicamentos, terapias especializadas e outras medidas, tem sido buscar no Poder Judiciário a solução do problema, apresentando-se a terceira objeção aos direitos sociais, qual seja, a da judicialização excessiva. Sabe-se que a jurisdição é inerte, e que uma vez provocada, não pode deixar de decidir sobre a pretensão do autor. Por outro lado, o desenho institucional do direito à saúde estabelecido pelo constituinte originário, prescrito a partir do artigo 196 da Constituição de 1988, endereçou a responsabilidade para a realização do direito à saúde ao Poder Executivo, que deverá fazê-lo através de políticas sociais e econômicas.

### **III. Direito Vivo e Direito Fraternal: Princípios gerais**

A sociologia do Direito parte da premissa do estudo do Direito Vivo, que de acordo com Eugen Ehrlich, também influenciado pelo movimento do direito livre. A expressão “Direito vivo”, empregada por Ehrlich, denota que o Direito não se encontra nas proposições jurídicas, genéricas, abstratas e sucintas, mas na complexidade, dinâmica, abrangência e particularidade das relações em sociedade. Dessa forma, Ehrlich (2002. p.109-115) esclarece que:

As relações jurídicas, das quais os códigos tratam, tão incomparavelmente mais ricas, mais variadas, mais cambiantes, como elas nunca foram, que o simples pensamento de esgotá-las em um código seria uma monstruosidade. Querer encerrar todo o direito de um tempo ou de um povo nos parágrafos de um código é tão razoável quanto querer prender uma correnteza numa lagoa.

Pode-se notar que o Direito vivo deve ser investigado por meio da observação e buscado nos documentos modernos, pois o Direito vivo não depende do Estado para surgir e se desenvolver, mas da realidade social. Ele emana da própria sociedade, das organizações sociais, e é a base da ordem jurídica da sociedade humana.

Através do Direito Vivo podemos pensar na teoria do Direito Fraternal, o qual segundo Eligio Resta, a ideia de fraternidade anunciada na Declaração Universal dos Direitos do Homem, evidenciando as várias facetas modernas que escondem o verdadeiro sentido da fraternidade, conforme o autor (Resta, 2002, p. 07):

La fraternità illuministica reimmette una certa quota di complessità nel freddo primato del giusto sul buono e cerca, appunto, di alimentare di passioni calde il clima rigido delle relazioni politiche. Ma ha nello stesso tempo bisogno di trasferire il modello dell'amicizia ne-

lla dimensione della fraternità, tipica di una condivisione di destini grazie alla nascita e indipendentemente delle differenze. Per questo ha bisogno di trasformarla in codice, di farne regola; con tutti i paradossi, ma anche con tutte le aperture che comporta. Per questo è “diritto fraterno” che si affaccia allora, in epoca illuministica, e vive da quel momento in poi come condizione esclusa, ma non eliminata, accantonata e presente nello stesso tempo.

Dessa forma, vem a ideia de um modelo de direito que abandona os limites fechados da cidadania e projeta para uma nova forma de aplicação do direito como observa Barrata (2006, p.64-65).

[...] Perché solo con un grande sforzo teorico e pratico di tutti, giuristi e non, si può giungere alla costruzione di un nuovo sapere collettivo, del diritto e sul diritto adeguato alla situazione umana del nostro tempo.[...] Nuovi rischi, come quelli ricollegabili alle immissioni nella atmosfera ou nelle acque, alla ingegneria genetica, alla energia nucleare, allo sfruttamento delle risorse naturali, al trattamento delle scorie e dei rifiuti, al traffico, all'uso dei mezzi di comunicazione e di elaborazione dei dati, fanno parte ormai dei connotati strutturali della situazione umana e dell'ecosistema. Essi sono anche il luogo speciale in cui, nell'incontro tra la (riga illegibile), può emergere una nuova forma di pensare e di fare il diritto.

Através dessa aposta apresentada por Barrata, se tem possibilidade do Direito Fraterno, enquanto nova proposta, na qual a construção de um novo saber passa necessariamente por uma visão que ultrapassa, mas não esquece os limites dos juristas e não juristas, os limites da ciência do direito frente às novas demandas que surgem. Podemos perceber que o direito tradicionalmente construído não consegue dar respostas adequadas para novos desafios que envolvem o ser no e para o mundo.

#### **IV. Direito à Saúde com base no princípio fraterno**

A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo 1º, destaca a fraternidade com o sentido de responsabilidade, pois menciona: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. Porém, este princípio encontra-se no teor do Preâmbulo da Constituição Federal brasileira 1988, que expressa:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça com valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Percebe-se que o legislador resgata formalmente, através do texto, o princípio esqueci-

do pela modernidade. Desta forma a carta magna menciona que a sociedade fraterna nada mais é do que uma sociedade sem preconceitos e pluralista. É neste sentido que a saúde se alicerça no direito fraterno, como menciona Eligio Resta (2002, p. 51):

A saúde sempre foi tema em destaque em qualquer sociedade e em qualquer período. Atualmente, as discussões têm tomado novas dimensões, já que vivemos em uma sociedade complexa, num mundo globalizado, na era da inclusão universal. A era dos direitos não coincide com o acesso a estes direitos; por isso, os mais diversos sistemas sociais devem constantemente responder a demandas de complexidade crescente. O sistema do direito, que por muito tempo ficou distante do sistema de saúde, passa a ter uma função importante na efetivação do direito fundamental à saúde. Assim, o direito, como afirma Resta, não pode mais estar ligado aos confins do próprio estado, mas precisa ultrapassar os limites geográficos e políticos para que efetivamente tenhamos uma dimensão fraterna no convívio social.

Nesta seara, o direito fraterno revela-se como uma peça fundamental para se aproximar do acesso à saúde, buscando uma efetivação dos direitos fundamentais. Compreende nessa perspectiva que “[...] o Direito Fraterno prima pela análise transdisciplinar dos fenômenos sociais. A transdisciplinariedade significa, antes de tudo, transgredir e, ao mesmo tempo, integrar [...]” (Resta, 2006, p. 7-51). Desse modo, a partir do entendimento de Lafayette Pozzoli (2011, p. 287) entende que o Direito Fraterno seria:

Uma modalidade do direito que ainda não está consolidado como paradigma e/ou teoria, mas como abordagem. Abordagem esta que propõe uma nova forma de análise do direito atual, mas do que isto, propõe uma reestruturação de todas as políticas públicas que pretendam uma inclusão universal. Todo o pensamento apresentado pelo autor Resta tem um grande valor científico, e o é, na nossa percepção, uma abordagem científica do e para o direito atual. Assim, dentro dessa nova abordagem, necessita-se de uma análise transdisciplinar dos fenômenos sociais. A transdisciplinariedade significa antes de tudo, transgredir e, ao mesmo tempo, integrar. Transgredir, no sentido de buscar, nas diversas ciências, os fundamentos e os pressupostos para captar, conforme Weber, o sentido subjetivo das ações sociais e, portanto, das ações jurídicas. Integrar no sentido de que é preciso analisar o contexto do todo e não em partes separadas.

Destarte, as políticas relacionadas à saúde pública não devem esquecer-se desse do princípio fraternal. Pois o direito fraterno caminha em direção aos Direitos Humanos e, especialmente, percorre essa direção com a real necessidade de sua universalização, como mencionado por Sandra Regina Martini Vial (2013, n. 5):

Vislumbra-se que o Direito Fraterno está no âmbito dos temas referentes aos Direitos Humanos e da necessidade de sua universalização. Estes se destinam a todo e qualquer ser humano, não porque pertença a um ou outro território, siga esta ou aquela cultura ou, ain-

da, tenha uma descendência determinada, mas tão somente porque tem humanidade. É um direito que tem como fundamento a humanidade, o “ter humanidade”, uma humanidade repleta de diferenças compartilhadas e de uma comunhão de juramentos, de compromettimentos, de responsabilidade.

Vale ressaltar a presença de um constitucionalismo fraternal, sendo que grande parte da história do Direito Constitucional segue contida de fases, ou seja, primeiramente veio o Estado de Direito, logo, entrou em destaque o Estado Democrático de Direito, a partir desse apareceu o Estado de Direito Democrático e, hoje, vem à tona o Estado Holístico, ou melhor, o Estado de Funcionalidade Fraternal.

Dessa forma em torno da efetivação do ideário constitucionalista deve-se refletir sobre discursos da abstração, pois a fraternidade abrange uma ação pautada pelo reconhecimento do outro, e é este reconhecimento do outro que impõe a origem de condições institucionais que viabilizem os direitos fundamentais. O constitucionalismo fraternal busca ampliar os sujeitos responsáveis pela concretização dos direitos fundamentais, sem diminuir a responsabilidade dos Poderes Públicos.

#### **V. O direito à saúde e a importância de Políticas Públicas**

A criação de políticas públicas voltadas a saúde é o meio mais adequado para a realização do direito à saúde. Conforme indicado no artigo 196 da Carta Constitucional, a implementação de políticas públicas é fundamental para reduzir o risco de doença, focando nas ações preventivas e no atendimento básico de saúde, bem como no acesso universal igualitário, o que aponta para um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, o de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. (Artigo 3º, inciso III da Constituição de 1988). Essas disposições normativas encontram-se em harmonia com o Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde, ao enunciar que “Saúde é o completo estado de bem-estar físico, mental e social e não a mera ausência de doença ou enfermidade” e que “Governos têm responsabilidade para com a saúde dos seus povos, que podem ser satisfeitas somente pela prestação de saúde adequada e medidas sociais” (OMS/WHO, 2004).

Como já mencionado os direitos humanos para a saúde incorpora outros aspectos que devem ser desenvolvidos junto à saúde. Desta maneira, as políticas públicas de saúde, não se realizam pontualmente, isoladamente, mas sim constituem um processo dinâmico e integrado que envolve moradia, trabalho, educação e investimento, contribuindo para o desenvolvimento do país.

Nesse contexto, as políticas públicas conheceram grande impulso a partir da inclusão dos direitos sociais na agenda constitucional e dos inúmeros organismos internacionais que se dedicam a esses direitos (ZIMMERMANN, 2006, p.144-159), constituindo-se em instrumentos realizadores das tarefas governamentais. As políticas públicas têm de significar, antes de tudo, a reafirmação e consolidação de uma cultura de direitos humanos no Brasil, e isso, sem dúvida, passa pela construção e implantação de políticas que envolvam a participação de diversos atores sociais. Por um lado, o Estado deve assumir a responsabilidade de integrar as políticas de saúde às políticas sociais e econômicas, engajando-se na promoção da melhoria das condições de vida mais digna e o pleno exercício da cidadania (CAMPOS; BARROS; CASTRO, 2004, p. 746-747).

A inclusão de diversos atores sociais como, usuários, profissionais da saúde, empresas, representantes de organizações civis como, protagonistas no processo produtivo da saúde, torna a promoção da saúde importante resposta à medida que destaca ações inter-setoriais como estratégia de enfrentamento dos problemas quanto ao meio ambiente, à urbanização, à segurança alimentar e nutricional, ao desemprego, à moradia, ao uso de drogas ilícitas, etc.

As questões de saúde pública também passaram a fazer parte da esfera privada de atores sociais até então indiferentes a esses problemas, entendidos por eles como de responsabilidade e exclusiva do Estado. Essa preocupação foi externada pela Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), do Ministério da Saúde (MS) e do Conselho Nacional da Saúde (CNS), no documento *Inclusão dos Cidadãos na Implementação das Políticas de Saúde de 2012*. A parceria firmada entre a OPAS e o CNS fortaleceu a participação e controle social no âmbito do SUS. Os laboratórios de Inovação, que representam “uma estratégia para promover e valorizar o desenvolvimento da gestão em saúde, aí incluído o processo de participação e controle pela sociedade” (Ministério da Saúde, 2009), pois são atividades de cooperação técnica que se destacam. Nesse sentido as políticas de saúde, vem se desenvolvendo cada vez mais rápido em decorrência da ampliação do conceito de saúde, que passou a ser compreendido como um Fenômeno político, que em um ambiente de liberdade evidencia as necessidades em saúde.

Contudo podemos perceber que o direito à saúde desenvolvido no ambiente do Estado do bem-estar social, por meio de normas programáticas, ou normas-tarefas, que exigem do Estado o desenvolvimento de diversas atividades, não se realiza sozinho. Pois são essas normas que caracterizam a constituição programática, aquela que define um plano de ação para o Estado, legitimando, portanto, sua ação social. Como já mencionado o Direito à Saúde e sua efetivação é conquista recente no constitucionalismo, a qual procurou superar algumas deficiências da normatização constitucional.

## **VII. Atenção Básica em Saúde**

A Política Nacional de Atenção Básica (PNAB) é resultado da experiência acumulada pelo conjunto de fatores (movimentos sociais, usuários, trabalhadores e gestores das três esferas de governo) envolvidos historicamente com o desenvolvimento e a consolidação do Sistema Único de Saúde (SUS). No Brasil, a Atenção Básica é desenvolvida com o mais alto grau de descentralização e capilaridade, ocorrendo no local mais próximo da vida das pessoas. Ela deve ser o contato preferencial dos usuários, a principal porta de entrada e centro de comunicação com toda a Rede de Atenção à Saúde. Por isso, é fundamental que ela se oriente pelos princípios da universalidade, da acessibilidade, do vínculo, da continuidade do cuidado, da integralidade da atenção, da responsabilização, da humanização, da equidade e da participação social (Ministério da Saúde, 2009).

A atenção básica é caracterizada por um conjunto de ações de saúde, no âmbito individual e coletivo, que abrange a promoção e a proteção da saúde, a prevenção de agravos, o diagnóstico, o tratamento, a reabilitação, a redução de danos e a manutenção da saúde com o objetivo de desenvolver uma atenção integral que impacte na situação de saúde e autonomia das pessoas e nos determinantes e condicionantes de saúde das coletividades (Ministério da Saúde, 2009).

É desenvolvida com fundamentos em várias diretrizes que por meio do exercício de prá-



ticas de cuidado e gestão, democráticas e participativas, sob forma de trabalho em equipe, dirigidas a populações de territórios definidos assumindo responsabilidade sanitária, considerando a dinamicidade existente no território em que vivem essas populações. Dessa forma são utilizadas tecnologias complexas e variadas que devem auxiliar as demandas e necessidades de saúde de maior frequência e relevância em seu território, observando critérios de risco, vulnerabilidade, resiliência e o imperativo ético de que toda demanda, necessidade de saúde ou sofrimento devem ser acolhidos.

Conforme o SUS, a organização de Redes de Atenção à Saúde (RAS) tem como estratégia o cuidado integral direcionado para as necessidades de saúde da população. As RAS constituem-se em arranjos organizativos formados por ações e serviços de saúde com diferentes configurações tecnológicas e missões assistenciais, articulados de forma complementar e com base territorial (Brasil, Ministério da Saúde, 1990). Tem diversos atributos, entre eles, destaca-se: a atenção básica estruturada como primeiro ponto de atenção e principal porta de entrada do sistema, constituída de equipe multidisciplinar que cobre toda a população, integrando, coordenando o cuidado e atendendo às suas necessidades de saúde. O Decreto nº 7.508, de 28 de julho de 2011, que regulamenta a Lei nº 8.080/90, define que “o acesso universal, igualitário e ordenado às ações e serviços de saúde se inicia pelas portas de entrada do SUS e se completa na rede regionalizada e hierarquizada”. Nesse sentido, a atenção básica deve cumprir algumas funções para contribuir com o funcionamento das Redes de Atenção à Saúde, conforme estabelece o Ministério da Saúde (2011):

1 - Ser base: ser a modalidade de atenção e de serviço de saúde com o mais elevado grau de descentralização e capilaridade, cuja participação no cuidado se faz sempre necessária;

2 - Ser resolutiva: identificar riscos, necessidades e demandas de saúde, utilizando e articulando diferentes tecnologias de cuidado individual e coletivo, por meio de uma clínica ampliada capaz de construir vínculos positivos e intervenções clínica e sanitária - Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde Departamento de Atenção Básica - efetivas, na perspectiva de ampliação dos graus de autonomia dos indivíduos e grupos sociais;

3 - Coordenar o cuidado: elaborar, acompanhar e gerir projetos terapêuticos singulares, bem como acompanhar e organizar o fluxo dos usuários entre os pontos de atenção das RAS. Atuando como o centro de comunicação entre os diversos pontos de atenção, responsabilizando-se pelo cuidado dos usuários por meio de uma relação horizontal, contínua e integrada, com o objetivo de produzir a gestão compartilhada da atenção integral. Articulando também as outras estruturas das redes de saúde e interseccionais, públicas, comunitárias e sociais. Para isso, é necessário incorporar ferramentas e dispositivos de gestão do cuidado, tais como: gestão das listas de espera (encaminhamentos para consultas especializadas, procedimentos e exames), prontuário eletrônico em rede, protocolos de atenção organizados sob a lógica de linhas de cuidado, discussão e análise de casos traçadores, eventos- -sentinela e incidentes críticos, entre outros. As práticas de regulação realizadas na atenção básica devem ser articuladas com os processos regulatórios realizados em outros espaços da rede, de modo a permitir, ao mesmo tempo, a qualidade da microrregulação realizada pelos profissionais da atenção básica e o acesso a outros pontos de atenção nas condições e no tempo adequado, com equidade; e

4 - Ordenar as redes: reconhecer as necessidades de saúde da população sob sua responsabilidade, organizando-as em relação aos outros pontos de atenção, contri-



buindo para que a programação dos serviços de saúde parta das necessidades de saúde dos usuários.

Destarte, conclui-se que o Estado tem a obrigação de garantir aos cidadãos programas de atenção básica principalmente relacionada a saúde. Esses mecanismos devem ser cuidadosamente efetivados em todas as regiões do país, sem qualquer discriminação, pois o objetivo é fornecer o serviço mais adequado para suprir as necessidades dos usuários desse sistema público.

### VIII. Conclusão

Diante do que foi exposto nesse estudo, podemos perceber que nos tempos modernos, o caminho rumo à efetividade das normas programáticas está devidamente assentado, não restando qualquer dúvida sobre seu papel na imposição de tarefas ao Estado no sentido de realizar as expectativas da sociedade, em especial, do direito à saúde, por meio do desenvolvimento de políticas públicas. Essas políticas públicas de saúde são projetos elaborados pelo Poder Público, com o auxílio de entes públicos e privados, com o objetivo de preservar o direito à saúde. O Sistema Único de Saúde é uma política pública de saúde, com princípios compatíveis aos descritos na Constituição Federal de 1988, podemos dizer até que tratam-se de “subprincípios”, uma vez que estão inseridos nos princípios estabelecidos na Constituição Federal. Desta forma, as teorias do direito vivo juntamente com o direito fraterno são essenciais para a preservação dos direitos sociais considerando que são direitos fundamentais. Essas teorias são o alicerce para a criação das políticas públicas de direito a saúde.

---

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARANTES, Rogério (2005): Judiciário: entre a justiça e a política. In AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (organizadores). Sistema político brasileiro: uma introdução. Rio de Janeiro/São Paulo: Fundação Konrad Adenauer/UNESP, Cap. 3, p. 79-108.
- ARDIGÒ, Achille (org.) (1981): Per una sociologia della salute. Milano: Franco Angeli.
- BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO (2007): A política das políticas públicas: progresso econômico e social na América Latina: relatório 2006. Rio de Janeiro: Elsevier; Washington, DC: BID.
- BERTUETTI, Gaspare (2001): Danno del congiunto e danno alla salute. Padova: CEDAM.
- BOMPIANI, Adriano (1996): Considerazioni in merito alla politica di sicurezza sociale nel settore dell'assistenza e della sanità. Rimini: Maggioli.
- BONETI, Lindomar W (2006): Políticas públicas por dentro. Ijuí: Ed. Unijuí.
- BRAVO, Maria I. e PEREIRA, Potyara A (2001): Política social e democracia. São Paulo: Cortez, Rio de Janeiro: UERJ.
- BRESCIANI, Luca. (1996): Tutela della salute. Pisa: ETS.
- BUCCI, Maria Paula Dallari (2001): Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/politicapublica/mariadallari.htm>>. Acesso em: abr. 2008.
- \_\_\_\_\_. (2002): Políticas públicas e direito administrativo. In: Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva.

- BUZZANCA, Adriano (2006): Tutela urgente alla salute e liste di attesa – Aspetti civili, penali e amministrativi. Milano: Giuffrè.
- CARVALHO, Alysso et al (2002): Políticas públicas. Belo Horizonte: Ed. UFMG, Proex.
- CARVALHO, Maria C.; TEIXEIRA, Ana C. (org.) (2000): Conselhos gestores de políticas públicas. São Paulo: Pólis.
- CAVALCANTI, B. S.; RUEDIGER, M. A.; SOBREIRA, R. (org.). (2005): Desenvolvimento e construção nacional: políticas públicas. Rio de Janeiro: Editora FGV.
- CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir (1995): Sistema único de saúde. Comentários à Lei Orgânica da Saúde 8.080 de 1990 e 8.142 de 1990. 2. ed. São Paulo: Hucitec.
- COCCONI, Monica (1998): Il diritto alla tutela della salute. Padova: CEDAM.
- DALLARI, Sueli Gandolfi (1987): A saúde do brasileiro. São Paulo: Editora Moderna.
- \_\_\_\_\_. (1988): O direito à saúde. Revista de saúde pública. São Paulo, n 22, p. 57-63.
- DIAS, Hélio Pereira (1995): A responsabilidade pela saúde – Aspectos jurídicos. Rio de Janeiro: Fiocruz.
- FARAH, Marta F. S. (2001): Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no Brasil. Revista de administração pública, v. 35, n° 1, p. 119-145.
- FREIRE Jr., Américo B (2005): O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.
- FREY, Klaus (2000): Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/89/158>>. Acesso em: 3/02/2005.
- FRISCHEISEN, Luiza C. F. (2000): Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o ministério público. São Paulo: Max Limonad.
- FABRIS, Elisabetta Palermo (2000): Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale: profili problematici del diritto all'autodeterminazione. 2. ed. Padova: Grafiche TPM.
- FEBBRAJO, Alberto; SPINA, Antonio La; RAITERI, Monica (2006): Cultura giuridica e politiche pubbliche in Italia. Milano: Giuffrè.
- FIORIO, Carlo (2002): Libertà personale e diritto alla salute. Padova: CEDAM.
- GIACOMELLI, Ivano; VIGGIANO, Caterina Di (1993): Salute: Il diritto e la tutela. Roma: Lampo.
- GOUVEIA, Roberto (2000): Saúde pública, suprema lei – a nova legislação para a conquista da saúde. São Paulo: Mandacaru.
- JORIO, Ettore (2006): Diritto sanitario. Milano: Giuffrè.
- LEAL, Rogério Gesta (2006). O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. Revista de derecho, v. 9, p. 53-66.
- LEAL, Rogério Gesta (2006): Estado, administração pública e sociedade. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- LEVY, Evelyn; DRAGO, Pedro A. (org.) (2006): Gestão pública no Brasil contemporâneo. São Paulo: Fundap.
- MARTIN, Alessandro; NACCARATO, Remo (1989): Diritto alla salute e coscienza sanitaria. Padova: CEDAM.
- MUNIZ, J.N; GOMES, E.C. (ed.) (2002): Participação social e gestão pública: as armadilhas da política de descentralização. Belo Horizonte.
- MORAIS, J. L. B. de; SCHWARTZ, G. A.; PILAU SOBRINHO, L. L (2003): Análise jurídico – constitucional do direito à saúde. In: Leal, R. G.; ARAÚJO, L. E. B. de (Org.). Direitos sociais e políticas públicas – desafios contemporâneos. Tomo 2. Santa Cruz do Sul: EDUNISC.
- MORANA, Donatella (2002): La salute nella costituzione italiana: profili sistematici. Milano: Giuffrè.

# O DIREITO À SAÚDE E A DISPENSAÇÃO JUDICIAL DE MEDICAMENTOS NO BRASIL: A FERRAMENTA E-NATJUS

## THE RIGHT TO HEALTH AND JUDICIAL DISPOSAL OF MEDICINAL PRODUCTS IN BRAZIL: THE E-NATJUS TOOL

**João Paulo K. Forster<sup>1</sup> Najwa Dagash<sup>2</sup>  
Paula Franciele da Silva<sup>3</sup>**

**DOI:** [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2020\)04](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)04)

### RESUMEN:

El artículo examina el derecho a la salud de la dispensación judicial de medicamentos en Brasil y la posibilidad de utilizar la herramienta e-NatJus como elemento de apoyo técnico para los jueces en estas decisiones. El propósito de este breve estudio es, basado en el derecho a la salud, definir cuáles son los criterios adoptados en el poder judicial para el suministro de medicamentos en Brasil, examinados a partir de la necesidad de una protección efectiva a los tribunales. El estudio del tema está justificado, ya que los Poderes Legislativo y Ejecutivo no han podido desarrollar e implementar políticas públicas a la misma velocidad que los ciudadanos los necesitan. Así, el poder judicial, no diseñado tradicionalmente para el desarrollo de políticas públicas, en la práctica lo ha estado haciendo, con consecuencias de todo tipo. Con este fin, se realizó una investigación exploratoria en doctrina, legislación y jurisprudencia, utilizando el método deductivo.

### RESUMO:

O artigo examina o direito à saúde a partir da dispensação judicial de medicamentos no Brasil e a possibilidade do uso da ferramenta e-NatJus como elemento de suporte técnico aos magistrados nessas decisões. O objetivo deste breve estudo é, a partir do direito à saúde, definir quais são os critérios adotados no Judiciário para o fornecimento de medicamentos no Brasil, examinados a partir da necessidade de tutela efetiva aos jurisdicionados. Justifica-se o estudo do tema, uma vez que os Poderes Legislativo e Executivo não têm conseguido desenvolver e implementar políticas públicas na mesma velocidade que os cidadãos delas necessitam. Assim, o Poder Judiciário, não tradicionalmente projetado para o desenvolvimento de políticas públicas, na prática o vem fazendo, com consequências de toda sorte. Para tanto, realizou-se pesquisa de cunho exploratório, em doutrina, legislação e jurisprudência, valendo-se do método dedutivo.

1 Mestre e Doutor em Direito pela UFRGS. Professor da Graduação e do Programa em Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado) em Direitos Humanos do Centro Universitário Ritter dos Reis - Laureate International Universities - UniRitter. Advogado. E-mail: joao\_forster@uniritter.edu.br. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-4229-9309>.

2 Mestranda em Direitos Humanos - bolsista CAPES, Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Administrativo e Graduada em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis - Laureate International Universities - UniRitter. E-mail: najwadagash@hotmail.com. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0001-9148-1687>.

3 Mestranda em Direitos Humanos pelo Centro Universitário Ritter dos Reis - Laureate International Universities - UniRitter. Graduada em Direito pela CNEC Gravataí. Advogada. E-mail: paulatoldo@gmail.com. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0003-2247-7574>.

**ABSTRACT**

The article examines the right to health from the judicial dispensation of medication in Brazil and the possibility of using the e-NatJus tool as technical support for judges in these decisions. The purpose of this brief study is, based on the right to health, to define what are the criteria adopted in the Judiciary for supplying medication in Brazil, based on the need for effective protection by the jurisdiction. The study of the subject is justified, since the Legislative and Executive Powers have not been able to develop and implement public policies at the same rate as citizens need them. Thus, the Judiciary, not traditionally designed for the development of public policies, in practice has been doing so, with all sorts of consequences. To this end, an exploratory research was conducted in doctrine, legislation and jurisprudence, applying the deductive method.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho a la salud; Judicialización; Medicinas; Políticas públicas; e-NatJus.

---

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito à Saúde; Judicialização; Medicamentos; Políticas Públicas; e-NatJus.

---

**KEY WORDS:** Right to Health; Judicialization; Medicine; Public Policies; e-NatJus

**I. Considerações Iniciais**

O reconhecimento do direito à saúde, consectário do direito à vida, com todas as suas garantias, tem por objetivo assegurar, dentre outros pilares, a dignidade da pessoa humana. Preservar o direito à saúde significa, portanto, atribuir dever fundamental ao Estado de que assegure uma ampla gama de condições e serviços para que os cidadãos possuam efetivamente tal direito, especialmente a partir do estabelecimento de políticas públicas. Verifica-se, no entanto, que os Poderes Legislativo e Executivo não têm conseguido desenvolver e implementar políticas públicas na mesma velocidade que os cidadãos delas necessitam. Isto ocorre especialmente em áreas de acelerado desenvolvimento tecnológico, como no caso de tratamentos medicinais. Os procedimentos burocráticos para inclusão de medicamentos em listas oficiais podem se revelar excessivamente lentos diante da necessidade efetiva dos cidadãos de tratamento urgente.

Por esse e tantos outros fatores, se apresenta, desde muito, intensa judicialização das questões envolvendo saúde no Brasil. O Poder Judiciário, não tradicionalmente projetado para o desenvolvimento de políticas públicas, na prática o vem fazendo, com consequências de toda sorte. O objetivo deste breve estudo é, a partir da compreensão do direito à saúde, definir quais são os critérios adotados no Judiciário para o fornecimento de medicamentos no Brasil, examinados a partir da necessidade de tutela efetiva aos jurisdicionados.

Percebe-se que o Brasil, assim como tantos outros ordenamentos jurídicos, optou por um magistrado com formação exclusivamente jurídica. Essa constatação exige que, em demandas envolvendo situações complexas como a indicação do tratamento mais adequado, particularmente naquelas em que se requer o fornecimento de fármacos, o juiz

deve se valer de conhecimento técnico especializado para fundamentar adequadamente sua decisão. Nesse contexto, a ferramenta e-Natjus desenvolvida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) se insere como instrumento de grande valia para a prolação de decisões tecnicamente embasadas, escoradas em evidências científicas e não em uma visão estritamente jurídica do tema. Para tanto, realizou-se pesquisa de cunho exploratório, em doutrina, legislação e jurisprudência, valendo-se do método dedutivo.

## II. Direito à Saúde no Brasil

Inicialmente, cumpre ressaltar a existência de um amplo rol de direitos e garantias fundamentais assegurados aos seres humanos nos três níveis territoriais, ou seja, a pessoa (cidadão) tem seus direitos humanos e fundamentais garantidos e efetivados, pelo menos teoricamente, tanto regionalmente quanto nacionalmente, e, ainda, em âmbito internacional.

Há diversos direitos essenciais aos seres humanos, como por exemplo, o direito à liberdade, à igualdade<sup>4</sup>; contudo, mesmo que teoricamente, não exista hierarquia entre os direitos fundamentais. Observa-se que, de forma orgânica, o direito à vida tem maior relevância entre os demais, uma vez que, só é possível efetivar os demais direitos quando se tem vida (aqui, fala-se em vida em sentido primário, o de estar vivo).

Uma vez que se vive e se tem o direito à vida garantido, extrai-se desse direito primordial um direito secundário, o direito à saúde. É no direito à saúde que se tem a manutenção da vida e por consequência, sua real efetividade. Por isso, implicitamente, pode-se entender e ponderar que o direito à vida seria um dos principais direitos dos seres humanos e que nele encontra-se o amplo direito à saúde, objeto desse estudo, dada a importância de buscar uma garantia efetiva a este direito para que seja possível usufruir e efetivar demais garantias fundamentais a plena existência.

Nas palavras de Martini e Sturza, confirma-se que a saúde é um direito humano fundamental que resguarda todo e qualquer sujeito (caráter universal) e, ainda, apresenta-se o direito à saúde como um dos elementos da cidadania, uma vez que o direito à saúde é direito à vida.

“[...] encontra-se a saúde como um direito humano que todo o sujeito tem e pode exercer, sendo considerada, inclusive, como um dos importantes elementos da cidadania, como um direito à promoção da vida das pessoas, pois direito à saúde é direito à vida. A questão do direito à saúde é universal e consolida-se como um direito humano fundamental.”<sup>5</sup>

Adota-se, como ponto de partida, a criação da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), em 22 de julho de 1946 (pós 2ª Guerra Mundial), ratificada por 51 membros da ONU e de outros 10 Estados. Ela estabelece dez princípios<sup>6</sup> basilares à felicidade dos

4 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].

5 MARTINI, Sandra Regina; STURZA, Janaina Machado (2019): Direitos Humanos: saúde e fraternidade, Evangraf, Porto Alegre, p. 36.

6 1. A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade; 2. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social; 3. A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados; 4. Os resultados conseguidos por cada Estado na promoção e proteção da saúde são de valor para todos; 5. O

povos, às suas relações harmoniosas e à sua segurança. O primeiro princípio elencado conceitua e esclarece a abrangência do direito à saúde: “a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.”<sup>7</sup>

Em seguida, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 surge como forma de institucionalização universal dos direitos humanos, elencando taxativamente quais são os direitos humanos inatos aos indivíduos.<sup>8</sup> Com intuito de complementar e alargar a Declaração Universal dos Direitos Humanos e de ressaltar a obrigatoriedade de cumprimento de tais direitos, no ano de 1966 são edificados dois pactos – o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Porém, o “Pacto Civil” só entrou em vigor em 1976, tendo seus preceitos juridicamente vinculantes. No artigo 12-1 do referido Pacto, os Estados-Partes reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.

Tem-se que a Declaração de Alma-Ata sobre Cuidados de Saúde Primária de 1978 é um dos documentos de maior relevância internacional ao tema do direito à saúde. Ela amplia a definição dada pela OMS e o reafirma como um direito humano fundamental, acrescentando “que a consecução do mais alto nível de saúde possível é o objetivo social mundial mais importante, cuja realização requer a ação de muitos outros setores sociais e econômicos, além do setor da saúde.”<sup>9</sup>

Em âmbito nacional, a positivação do direito à saúde foi dada pela Constituição Federal de 1988, no capítulo dos direitos sociais, em seu artigo 6º: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” Determinou, ainda, as diretrizes do direito à saúde no artigo 196, da CF/88, ao afirmar que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.<sup>10</sup>

A partir da determinação Constitucional, surgem obrigações e deveres positivos de atuação do Estado em garantir e efetivar o direito à saúde de forma ampla por meio de políticas públicas. Uma das formas de atuação dá-se com a constituição da política pública denominada Sistema Único de Saúde (SUS). Com isso, a Lei Orgânica

---

desigual desenvolvimento em diferentes países no que respeita à promoção de saúde e combate às doenças, especialmente contagiosas, constitui um perigo comum; 6. O desenvolvimento saudável da criança é de importância basilar; a aptidão para viver harmoniosamente num meio variável é essencial a tal desenvolvimento; 7. A extensão a todos os povos dos benefícios dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins é essencial para atingir o mais elevado grau de saúde; 8. Uma opinião pública esclarecida e uma cooperação ativa da parte do público são de uma importância capital para o melhoramento da saúde dos povos; 9. Os Governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas; 10. Aceitando estes princípios com o fim de cooperar entre si e com os outros para promover e proteger a saúde de todos os povos, as partes contratantes concordam com a presente Constituição e estabelecem a Organização Mundial da Saúde como um organismo especializado, nos termos do artigo 57 da Carta das Nações Unidas. (OMS, 1946).

7 WHO, World Health Organization (2008): *The Right to Health*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31.pdf>, acesso em: 28.08.2019.

8 ANTUNES, Eduardo Muylaert (2016): “Natureza Jurídica da Declaração Universal dos Direitos Humanos”, em *Revista dos Tribunais - Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, Nro. 06, Out/2016, p. 607.

9 MARKS, S. P (2013): “The emergence and scope of the human right to health”, In: ZUNIGA, J. M.; MARKS, S. P.; GOSTIN, L. O. *Advancing the Human Right to Health*. 1. ed. United Kingdom: OXFORD University Press, Cap. 1, p. 3-24. ISBN: 978-0-19-966161-9, p. 04.

10 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

de Saúde nº. 8.080/1990, em conjunto com a Lei nº. 8.142/1990, estabelecem as diretrizes infraconstitucionais do direito à saúde, determinando as ações à promoção, à manutenção e recuperação da saúde que serão prestadas pelo SUS, que deve respeitar as características da universalidade, igualdade e integralidade em todos os níveis de assistência por meio de políticas públicas. Ressalta-se que a Lei nº. 8.080/1990, em seu artigo 6º, inciso I, alínea 'd', dispõe a questão da assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica pelo SUS.<sup>11</sup>

O direito à saúde pode desdobrar-se em outros direitos, ou seja, é formado por um sistema complexo com aspectos fundamentais que abarcam outros direitos como:

*“The right to a system of health protection providing equality of opportunity for everyone to enjoy the highest attainable level of health; The right to prevention, treatment and control of diseases; Access to essential medicines; Maternal, child and reproductive health; Equal and timely access to basic health services; The provision of health-related education and information; Participation of the population in health-related decisionmaking at the national and community levels.”<sup>12,13</sup>*

A questão do direito ao acesso à medicamentos e o conseqüente dever de fornecimento de medicamentos pelo SUS está diretamente ligado a efetivação do direito à saúde por meio de políticas públicas adequadas, mas nem sempre é assim, conforme as autoras Martini e Sturza, verifica-se que,

*“não é difícil identificar que, nesta sociedade, todos temos muito mais direitos do que podemos efetivamente gozar. A era da inclusão universal já existe, mas sua existência está fundada em situações paradoxais nas quais, muitas vezes, a inclusão se dá pela exclusão; a possibilidade de acesso ao direito de ter direito à saúde se dá, muitas vezes, não através do sistema de saúde, mas pelo sistema judiciário, ou, ainda pior, por favores políticos ou de amizade”.<sup>14</sup>*

A assistência farmacêutica do SUS no Brasil completou 30 anos de atividade e, durante esse período, sofreu diversas mudanças e atualizações com intuito de aperfeiçoar tal política pública.<sup>15</sup> Contudo, “uma política pública só se concretiza quando ‘o que fazer’ está em sintonia com o ‘como fazer’”<sup>16</sup> e muitas das prestações estatais relacionadas ao fornecimento de medicamentos não se mostram efetivas, havendo a necessidade de

11 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. (Lei Orgânica da Saúde). Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 set. 1990.

12 Tradução Livre: O direito a um sistema de proteção da saúde proporcionando igualdade de oportunidade para que todos possam desfrutar da mais alto nível de saúde; O direito à prevenção, tratamento e controle de doenças; Acesso a medicamentos essenciais; Saúde materna, infantil e reprodutiva; acesso igual e oportuno aos serviços básicos de saúde; O fornecimento de educação e informação relacionada com a saúde; Participação da população em decisões relacionadas à saúde fazendo nos níveis nacional e comunitário.

13 WHO, World Health Organization (2008): Op. Cit.

14 MARTINI, Sandra Regina; STURZA, Janaina Machado (2019): Op. Cit., p. 20.

15 BERMUDEZ, Jorge Antonio Zepeda et al (2018): “Assistência Farmacêutica nos 30 anos do SUS na perspectiva da integralidade”, *Ciência & Saúde Coletiva*, V. 23, Nro. 6, [s.l.], p.1937-1949, jun.

16 BARROS, Maria Elizabeth Barros de; GUEDES, Carla Ribeiro; ROZA, Monica Maria Raphael (2011): “O apoio institucional como método de análise-intervenção no âmbito das políticas públicas de saúde: a experiência em um hospital geral”, *Ciência & Saúde Coletiva*, V. 16, Nro. 12, Rio de Janeiro, p. 4803-4814, dez. 2011, p. 4804).



judicialização.

### III. Judicialização de Políticas Públicas em Saúde

A interferência em políticas públicas pelo Poder Judiciário é realidade já estabelecida no Brasil há muitos anos. Isso pode ocorrer em processos coletivos ou individuais. Quando o faz em processos individuais, no entanto, repetidamente o faz com total irresponsabilidade, como registra Sérgio Arenhart: “irresponsabilidade não porque os juízes que atuam nesses processos ajam de modo incorreto, mas porque os instrumentos processuais empregados para esse controle são manifestamente inadequados.”<sup>17</sup>

Pode-se afirmar que, em alguns casos, há interferência indevida nas políticas públicas, mormente na área da saúde, pois os magistrados não detêm o conhecimento técnico necessário de alta complexidade que envolve essas questões. Nem se imagina que deveriam tê-lo, a priori, em todas as demandas. Mas é justamente a partir do estabelecimento do fato de que o julgador especializa-se em Direito (não em Medicina, Engenharia, Psicologia, dentre outros), que ele deve se cercar de experts que o abastecem das informações necessárias.

Há de considerar também que “nunca tivemos tantos direitos assegurados a partir de Constituições, pactos e acordos e, ao mesmo tempo, observações quanto à não efetivação destes direitos constitucionalizados ou pactuados. Ao ampliarem-se os direitos, os mesmos perdem força.”<sup>18</sup> Isso faz com que se apresente a necessidade de maior intervenção judicial. E, diante dessa realidade, “o crescimento das demandas judiciais na área da saúde, assim como as demandas em saúde no interior do próprio sistema de saúde fazem ver a fragilidade das nossas políticas públicas, que não deram conta de efetivar este direito, recentemente constitucionalizado na América Latina.”<sup>19</sup>

O Conselho Nacional de Justiça apresentou relatório em março de 2019 a respeito da judicialização da saúde no Brasil. Conforme o estudo, “o número de demandas judiciais relativas à saúde aumentou 130% entre 2008 e 2017, enquanto o número total de processos judiciais cresceu 50%.”<sup>20</sup> O Ministério da Saúde registrou, nesse mesmo período, um aumento de 13 vezes em suas despesas com demandas judiciais, atingindo R\$1,6 bilhão em 2016. Os dados revelam que a questão se agravou nesse período, demonstrando a lentidão do Poder Executivo em implementar uma parte da política pública em matéria de saúde. Uma das relevantes propostas do estudo é de que os cursos de formação de magistrados devem abordar as temáticas relativas ao direito sanitário, dado que sua incorporação nas cartas constitucionais é fenômeno recente.<sup>21</sup>

De outro lado, ainda que de forma lenta, o Poder Legislativo também se movimenta para auxiliar o Poder Judiciário na implementação dessas políticas, o que reconhece a importância de participação deste Poder nessa tarefa. O Projeto de Lei 8.058/2014 tem como objetivo preencher lacunas em matéria processual na instituição de

17 ARENHART, Sergio Cruz (2015): “Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão”, em Revista de Processo Comparado, V. 1, Nro. 2, RPC, pp. 211-229, jul./dez, pp. 212.

18 MARTINI, Sandra Regina; STURZA, Janaína Machado (2019): Op. Cit., p. 44.

19 MARTINI, Sandra Regina; STURZA, Janaína Machado (2019): Op. Cit., p. 45.

20 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Judicialização Da Saúde No Brasil: Perfil Das Demandas, Causas e Propostas De Solução. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/ conteudo/arquivo/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>, acesso em: 29.08.2019.

21 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Judicialização Da Saúde No Brasil: Perfil Das Demandas, Causas e Propostas De Solução. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/ conteudo/arquivo/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>, acesso em: 29.08.2019, pp. 144.



políticas públicas, sejam elas relacionadas à tutela coletiva ou individual, pois contém o reconhecimento de que existem políticas públicas sendo realizadas em demandas individuais, a partir do que dispõe o art. 28 do PL.

A redação do parágrafo único do artigo 28 do PL é muito adequada, pois determina que “cada circunscrição judiciária organizará e manterá comissão de especialistas destinada a assessorar o magistrado nos diversos setores de políticas públicas, fornecendo dados e informações que o auxiliem em sua decisão.” À toda evidência, não se trata de Projeto que verse exclusivamente sobre questões na área da saúde, mas em todas as demandas que envolvam políticas públicas. Impõe-se examinar, ainda, como o Judiciário vem implementando as políticas públicas em matéria de medicamentos.

#### **IV. O Fornecimento Judicial e Medicamentos**

O acesso ao Judiciário, em qualquer demanda, deve ser mediado pelo modelo mínimo de garantias apresentado pelo processo justo.<sup>22</sup> Esses direitos oriundos do direito fundamental ao processo justo derivam do catálogo aberto de direitos fundamentais da Carta Constitucional brasileira e até mesmo dos Pactos Internacionais em Direitos Humanos.<sup>23</sup> Para o presente estudo, impõe que se considere que o direito fundamental à tutela adequada e efetiva merece atenção. Deve ser lembrado seu tríplice aspecto, tanto no viés de acesso à justiça, como de adequação da tutela e de efetividade da tutela.<sup>24</sup>

Não se pode descurar, no entanto, de que as demandas envolvendo medicamentos nunca são singulares. Para cada demanda solicitando medicamentos, existem diversas outras, espalhadas pelo país, requerendo o mesmo tipo de fármaco para o mesmo tipo de condição. O que leva a considerar a relevância do direito à igualdade, pois não se pode imaginar que, para uma mesma situação, um desses jurisdicionados obtenha o fármaco e o outro não. A fina malha da segurança jurídica, tecida a partir da igualdade processual, não apenas no, mas também pelo processo, há de ser considerada.<sup>25</sup> Por isso os critérios apresentados pelo Superior Tribunal de Justiça merecem estudo, bem como o uso da ferramenta e-NatJus.

##### **1. Requisitos Para a Concessão de Medicamentos**

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do RESP 1657156/RJ, tratou dos requisitos para concessão de medicamentos que se encontram fora da lista fornecida pelo Sistema Único de Saúde (SUS). A matéria foi julgada no Rito de Recurso Repetitivo com intuito de criar parâmetros que balizem a ação do judiciário nesse tipo de demandas.

No julgamento, que ocorreu em 25 de abril de 2018, a tese firmada pelos Ministros do STJ foi no sentido de que o Estado está obrigado a fornecer medicamentos ainda que estes não façam parte da lista do SUS, porém, para que isso ocorra se faz necessário que critérios sejam estabelecidos. O STJ entendeu que três critérios devem ser atendidos, de maneira cumulativa, quais sejam: a) o demandante tem que comprovar a sua hipossuficiência para adquirir o medicamento pleiteado; b) o medicamento demandado deve estar registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA); c) o laudo médico que prescreveu o referido medicamento deverá estar devidamente fundamentado, deverá

22 SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel (2012): Curso de Direito Constitucional, RT, São Paulo, pp. 616.

23 Como se vê, por exemplo, nos artigos 8º e 25 do Pacto de São José da Costa Rica.

24 SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel (2012): Op. Cit., p. 628.

25 ABREU, Rafael Sirangelo de (2015): Igualdade e Processo, RT, São Paulo.

explicar a necessidade do medicamento específico e o porquê os medicamentos que são fornecidos pela rede pública não se enquadram ao tratamento do demandante.

A partir dos critérios apresentados passaremos a analisar os requisitos impostos pelo STJ para a concessão dos medicamentos fora do padrão fornecido pelo SUS. Pois, como já referido, a entrega de medicamentos pela rede pública está ligada a efetivação do Direito à saúde. Por essa linha, a pergunta que se deve fazer é no sentido de que se há uma limitação dos critérios para fornecimento de medicamentos, não se estaria, ao mesmo, tempo limitando o acesso à saúde? Para responder a esse questionamento é fundamental a análise dos três requisitos impostos pelo STJ.

O primeiro critério exige a comprovação, por meio de laudo fundamentado, da necessidade do medicamento pleiteado, bem como da ausência de eficácia no tratamento da doença pelos fármacos disponíveis no SUS. Este critério trata de um ponto importante que é a necessidade do médico, que geralmente atende na rede pública, justificar o motivo pelo qual prescreveu um medicamento que sabe não ser fornecido pelo SUS. Esse critério não foi uma inovação do Tribunal, pois já existia esse entendimento<sup>26</sup> de que os aspectos que tratam da eficiência e eficácia do tratamento devem ser fundamentados pelo profissional competente que os receitou.

O segundo refere a incapacidade financeira da parte para arcar com o tratamento. Diferentemente da esfera administrativa, em que a renda não é por si só um critério para que se negue o acesso ao direito à saúde, quando se entre no âmbito judicial, a renda deve ser um fator relevante, pois tratamos de um tema que é extremamente judicializado e um campo do Estado que tem recursos limitados.

É importante lembrar, nesse ponto, que a hipossuficiência não é sinônimo de pobreza. O critério é que a pessoa comprove, que com a renda que possui não tem condições de arcar com os custos do tratamento de que necessita sem que haja o comprometimento de sua renda. Conforme o Ministro Benedito Gonçalves, “não se exige, pois, comprovação de pobreza ou miserabilidade, mas, tão somente, a demonstração da incapacidade de arcar com os custos referentes à aquisição do medicamento prescrito.”<sup>27</sup>

No que tange ao terceiro requisito, exige-se a existência de registro junto à ANVISA do referido medicamento pode-se dizer que o fato de um medicamento possuir um registro junto ao órgão regulador traz ao julgador uma garantia de que aquele fármaco passou por diversos teste e critérios definidos por especialista técnicos que comprovam sua eficácia para determinado tratamento de saúde.

Outro ponto da decisão que merece destaque é o fato de que o Tribunal determinou que após o trânsito em julgado da decisão que determinou o fornecimento de um medicamento fora da lista do SUS, que sejam oficiados o Ministério da Saúde e a Comissão Nacional de tecnologias do SUS para que estes procedam um estudo sobre a viabilidade de inclusão do medicamento na lista dos fornecidos pela rede pública.

---

26 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP. nº 1.643.607/RR; RESP. nº 1513597/MG; REsp nº 1.660.425/RJ, disponíveis em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 24 de agosto de 2019.

27 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 1.660.425/RJ. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574252474/recurso-especial-resp-1657156-rj-2017-0025629-7/inteiro-teor-574252509>, acesso em 29.08.2019.

O Superior Tribunal de Justiça estabelece esse entendimento a fim de uniformizar a aplicação da lei federal, função que lhe é própria, no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos. Tal como já tinha realizado em matéria de ações revisionais, criando critérios que depois viriam a ser incorporados ao Código de Processo Civil, o STJ estreita as bases a partir das quais um fármaco possa ser concedido ao indivíduo sem que se recorra a fórmulas vagas obtidas em conceitos abertos.

Faz-se, portanto, necessário analisar questões de ordem técnica e regulatória, além da questão econômica do indivíduo que necessita do tratamento. Esses critérios se revelam necessários na medida em que se deve assegurar igualdade de tratamento processual àqueles que acessam o Poder Judiciário, reconhecida como uma igualdade pelo processo. Como bem saliente Rafael Abreu:

O “tratamento diverso em casos iguais, sem as devidas diferenças relevantes, significa vulnerar frontalmente a igualdade, da mesma forma com que será afrontada no caso de aplicação do precedente sem consideração das diferenças substanciais do caso. Não há como fugir da constatação de que a igualdade é o fundamento natural e dogmático dos precedentes.”<sup>28</sup>

Assim, ao considerarmos os critérios definidos pelo STJ pode-se dizer que o intuito do Tribunal não é o de limitar o acesso ao direito à saúde. É, sim, de otimizar a prestação jurisdicional para que sejam fornecidos os tratamentos adequados aos demandantes sem que haja desperdício de dinheiro público, com tratamentos inadequados ou que não possuam comprovação de sua eficácia, entregando, a final, prestação jurisdicional igualitária perante os jurisdicionados.

## 2. O Uso da Ferramenta e-NatJus Como Requisito?

Um dos maiores problemas encontrados pela e na judicialização da saúde decorre da falta de conhecimento técnico dos Magistrados com relação ao tema. As demandas acabam sendo julgadas sem fundamentação técnica e objetiva dos juízes, mas sim, conforme suas motivações subjetivas e convicções morais.<sup>29</sup>

Contudo, essas decisões requerem um apoio técnico qualificado, pois seus resultados possuem reflexos amplos que envolvem, direta e indiretamente, todo o Poder Público. Nas palavras dos autores Forster e Cavalheiro,

“[...] o Poder Judiciário não possui amplo rol de *experts* a fim de esclarecer quais são os medicamentos efetivamente necessários e eficazes para determinada condição. O ponto delicado não é só, como em todo caso de saúde pública, o tema da limitação orçamentária, mas também a atuação de pessoas sem qualificação técnica na área da saúde determinando essa alocação de recursos para aquisição de medicamentos cujo funcionamento e eficácia desconhecem.”<sup>30</sup>

---

28 ABREU, Rafael Sirangelo de (2015): Op. Cit., p. 118.

29 ZEBULUM, J. C (2018): “Os conflitos morais enfrentados pelos juizes em demandas de saúde: o caso dos tribunais federais brasileiros”, em Revista de Direito Sanitário, V. 19, Nro. 1, p. 144-165, 13 jul.

30 FORSTER, João Paulo K.; CAVALHEIRO, Andressa Fracaro (2013): “Limitações éticas à prescrição de medicamentos: dos impactos no protocolo SUS ao posicionamento do Poder Judiciário”, Cadernos Ibero-americanos de Direito Sanitário, V. 2, Nro. 2, [s.l.], p.365-380, 20 dez, pp. 369.

Em vista disso, no ano de 2016, com o intuito de aperfeiçoar as atividades dos órgãos judiciais, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) por meio da Resolução nº. 238, estabeleceu a criação de Comitês Estaduais e/ou Distritais de Saúde, de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS) e a criação de um Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas (e-NatJus), bem como, a especialização das Varas Judiciais competentes para julgar demandas de saúde. A partir das diretrizes formuladas, o Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário (e-NatJus) foi lançado em novembro de 2017 e implementado em dezembro de 2018.

O Conselho Nacional de Justiça ao considerar que a judicialização da saúde envolve questões complexas, adota medidas que visam a especialização de seus Magistrados afim de que suas decisões sejam munidas de técnica e precisão. Ainda, o órgão vem adotando medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e definindo estratégias de prevenção e resolução de questões que envolvam direito sanitário.<sup>31</sup>

Nesse sentido, no mês de agosto de 2019, o CNJ editou o Provimento nº. 84, que dispõe sobre o uso e o funcionamento do sistema e-NatJus. Basicamente, o sistema funciona como uma plataforma nacional de cadastro de pareceres, notas e informações técnicas da área da saúde. Tem como objetivo principal auxiliar os magistrados em suas decisões judiciais (liminares), uma vez que, fornecem fundamentos científicos para que decidam com segurança nas suas demandas que tenham como objeto pedido de medicamentos, órtese, prótese ou qualquer outra tecnologia em saúde.<sup>32</sup>

Importante frisar que as decisões dos magistrados, em matéria de direito sanitário, não estão vinculadas ao uso da ferramenta e-NatJus, na linha do que dispõe o art. 1º do Provimento 84/2019 do CNJ.<sup>33</sup> O provimento traz o apoio técnico como sendo uma possibilidade aos juízes, não impondo um dever de solicitar apoio técnico ao NAT-JUS.

Contudo, uma vez solicitado o apoio técnico, ele “deverá ser materializado por meio do Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas (e-NatJus), hospedado no sítio do Conselho Nacional de Justiça [...]”.<sup>34</sup> No caso de um Tribunal possuir um sistema próprio de apoio técnico e este apoio emitir parecer a um caso concreto, o NATJUS tem o dever de alimentar a base de dados do e-NatJus com o material produzido.

O sistema pode ser consultado de forma aberta pelo público, trazendo informações que são relevantes não apenas aos julgadores, mas também aos solicitantes de medicamentos via judicial. Uma rápida consulta fornece informações sobre o medicamento, contextualiza a doença para o qual é mais indicado, fornece evidências científicas de sua eficácia e justificativa para sua possível recomendação, concluindo, a partir de sólida base científica, pela força de recomendação do medicamento.

Com relação a relevância da parceria entre o apoio técnico médico-científico e o CNJ

---

31 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2019): Provimento nº 84, de 14 de agosto de 2019. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/atos\\_normativos/provimento/provimento\\_84\\_14082019\\_22082019175759.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/provimento/provimento_84_14082019_22082019175759.pdf), acesso em: 29.08.2019.

32 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2019): Op. Cit.

33 Art. 1º Os Magistrados Estaduais e os Magistrados Federais com competência para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde, ainda que durante o plantão judicial, quando levados a decidirem sobre a concessão de determinado medicamento, procedimento ou produto, poderão solicitar apoio técnico ao Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS) do seu Estado ou ao NAT-JUS NACIONAL.

34 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2019): Op. Cit.

e, sua iniciativa para a implementação do sistema eletrônico e-NatJus - nas demandas judiciais envolvendo o indispensável direito à saúde - traz-se as autoras Martini e Sturza ensinando que o direito deve prezar pela multidisciplinariedade de conhecimentos para acompanhar os novos fenômenos sociojurídicos. Pois, justamente, “em conjunto com as mais diversas áreas do conhecimento, que o direito moderno deve ser estudado, aplicado e refletido, e não apenas como tradicionalmente vem ocorrendo, a partir da ótica dogmática e formalista. Estudar o direito a partir de uma visão fraterna, importa em construir um novo referencial para a própria ciência do direito, o qual deve se fundamentar em outras áreas de estudos que estão intrinsecamente ligadas “com” e “nos” fenômenos sociojurídicos.”<sup>35</sup>

Assim, demonstra-se a importância e utilidade do sistema e-NatJus ao Poder Judiciário e por consequência, ao Poder Executivo. A ferramenta, se bem utilizada, proporciona maior segurança jurídica e igualdade às decisões judiciais em âmbito nacional, bem como às partes do processo judicial em matéria de direito à saúde, que buscam efetivar seu direito humano fundamental judicialmente, uma vez que as políticas públicas não suprimiram suas necessidades básicas/essenciais.

## V. Considerações Finais

Todo processo judicial deve assegurar um modelo mínimo de garantias a fim de que o jurisdicionado possa obter uma decisão justa. A justiça da decisão em matéria de fornecimento de medicamentos é de alta complexidade, especialmente quando pensada não apenas a partir da efetividade da tutela pretendida, mas também sob a ótica do contraditório, da segurança jurídica e da igualdade processual. Os critérios propostos pelo Superior Tribunal de Justiça auxiliam na realização de políticas públicas na área da saúde pelo Poder Judiciário, trazendo maior estabilidade ao tema. Agora, com a ferramenta e-NatJus, estruturada pelo Conselho Nacional de Justiça, os magistrados tem uma relevante ferramenta técnica para o incremento da qualidade do provimento jurisdicional, que não se baseará apenas em elementos trazidos pela parte autora.

Diga-se que o próprio autor também pode se beneficiar da consulta à plataforma em sua porção aberta, pois há diversos pareceres e notas técnicas que esclarecem a eficácia dos medicamentos e a chance de obtê-los judicialmente. A ferramenta, portanto, não apresenta um requisito adicional para a concessão de medicamentos via Judiciário. A importância de seu uso, contudo, quase a eleva a esse patamar, a fim de que os provimentos jurisdicionais não se baseiem em fórmulas jurídicas vagas para a concessão de medicamentos que podem ter resultados menos do que benéficos ao próprio requerente.

---

35 MARTINI, Sandra Regina; STURZA, Janaina Machado (2019): Op. Cit., p. 15.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

---

- ABREU, Rafael Sirangelo de (2015): Igualdade e Processo, RT, São Paulo.
- ANTUNES, Eduardo Muiyaert (2016): "Natureza Jurídica da Declaração Universal dos Direitos Humanos", em Revista dos Tribunais - Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, Nro. 06, Out/2016, p. 607.
- ARENHART, Sergio Cruz (2015): "Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão", em Revista de Processo Comparado, V. 1, Nro. 2, RPC, pp. 211-229, jul./dez.
- BARROS, Maria Elizabeth Barros de; GUEDES, Carla Ribeiro; ROZA, Monica Maria Raphael (2011): "O apoio institucional como método de análise-intervenção no âmbito das políticas públicas de saúde: a experiência em um hospital geral", Ciência & Saúde Coletiva, V. 16, Nro. 12, Rio de Janeiro, p. 4803-4814, dez. 2011.
- BERMUDEZ, Jorge Antonio Zepeda et al (2018): "Assistência Farmacêutica nos 30 anos do SUS na perspectiva da integralidade", Ciência & Saúde Coletiva, V. 23, Nro. 6, [s.l.], p.1937-1949, jun.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.657.156/RJ. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574252474/recurso-especial-resp-1657156-rj-2017-0025629-7/inteiro-teor-574252509>, acesso em: 29.08.2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.643.607/RR. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/450060966/recurso-especial-resp-1643607-rr-2016-0322878-7/decisao-monocratica-450060979>, acesso em 29.08.2019
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.513.597/MG. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/629279671/recurso-especial-resp-1513597-mg-2015-0030424-4>, acesso em 29.08.2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 1.660.425/RJ. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574252474/recurso-especial-resp-1657156-rj-2017-0025629-7/inteiro-teor-574252509>, acesso em 29.08.2019.
- 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. (Lei Orgânica da Saúde). Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 set. 1990.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Judicialização Da Saúde No Brasil: Perfil Das Demandas, Causas e Propostas De Solução. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>, acesso em: 29.08.2019.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2019): Provimento nº 84, de 14 de agosto de 2019. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/atos\\_normativos/provimento/provimento\\_84\\_14082019\\_22082019175759.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/provimento/provimento_84_14082019_22082019175759.pdf), acesso em: 29.08.2019.
- FORSTER, João Paulo K.; CAVALHEIRO, Andressa Fracaro (2013): "Limitações éticas à prescrição de medicamentos: dos impactos no protocolo SUS ao posicionamento do Poder Judiciário", Cadernos Ibero-americanos de Direito Sanitário, V. 2, Nro. 2, [s.l.], p.365-380, 20 dez.
- WHO, World Health Organization (2008): The Right to Health. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31.pdf>, acesso em: 28.08.2019.
- MARKS, S. P (2013): "The emergence and scope of the human right to health", In: ZUNIGA, J. M.; MARKS, S. P.; GOSTIN, L. O. Advancing the Human Right to Health. 1. ed. United Kingdom: OXFORD University Press, Cap. 1, p. 3-24. ISBN: 978-0-19-966161-9.

- MARTINI, Sandra Regina; STURZA, Janaína Machado (2019): Direitos Humanos: saúde e fraternidade, Evangraf, Porto Alegre.
- OMS, Organização Mundial da Saúde. Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswwho.html>, acesso em: 28.08.2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel (2012): Curso de Direito Constitucional, RT, São Paulo.
- ZEBULUM, J. C (2018): "Os conflitos morais enfrentados pelos juízes em demandas de saúde: o caso dos tribunais federais brasileiros", em Revista de Direito Sanitário, V. 19, Nro. 1, p. 144-165, 13 jul.

# CONSECUENCIAS POLÍTICAS E INSTITUCIONALES DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LA SALUD EN BRASIL Y COLOMBIA: UN ANÁLISIS COMPARADO

## POLITICAL AND INSTITUTIONAL CONSEQUENCES OF THE JUDICIALIZATION OF HEALTH IN BRAZIL AND COLOMBIA: A COMPARATIVE ANALYSIS

**Luciana Souza d'Ávila<sup>1</sup> Eli lola Gurgel Andrade<sup>2</sup>  
Fernando Mussa Abujamra Aith<sup>3</sup>**

**DOI:** [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2020\)05](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)05)

### RESUMEN:

El objetivo de este artículo es analizar las consecuencias políticas e institucionales de la judicialización de la salud en Brasil y Colombia. Para esto, se realizó una revisión de la literatura, basada en referencias relacionadas con las políticas en salud y judicialización de los países. La salud es un derecho reconocido en Brasil y en Colombia, mas hay diferencias entre los sistemas de salud y jurídicos. Los problemas de acceso han provocado el aumento de las acciones judiciales, lo que lleva a efectos políticos e institucionales. En Brasil, fueron realizadas audiencias públicas; conformados grupos de interés y creadas nuevas instituciones en el poder ejecutivo y en el judiciario. En Colombia, fueron instituidas políticas y reformas estructurales importantes. Se espera que los resultados contribuyan para las discusiones de las políticas y judicialización, con vistas a buscarse la efectucción de lo derecho a la salud en los dos países.

### ABSTRACT

This paper aims to analyze the political and institutional consequences of the judicialization of health in Brazil and Colombia. For that, it was accomplished a literature review, based on referenes in health policies and judicialization in both countries. Health is a right recognized in Brazil and in Colombia, but there are differences between the health and juridical systems. Problems of access has induced growth of judicial processes, what lead to political and

1 Analista em Educação e Pesquisa da Escola de Saúde Pública (SP) do Estado de Minas Gerais, Brasil. Mestre e doutoranda em SP pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em Direito Sanitário. Resultados parciais da pesquisa de doutorado "A efetivação do direito à saúde no Brasil e na Colômbia: uma análise comparada na perspectiva histórica e da judicialização da saúde", financiada pela FAPEMIG, por meio de bolsa. E-mail: lucianasd14m@gmail.com. ORCID iD: 0000-0001-6998-4587.

2 Professora Titular da Faculdade de Medicina da UFMG. Líder do Grupo de Pesquisa em Economia da Saúde da UFMG. Membro da Câmara de Assessoramento de Políticas Públicas da FAPEMIG. Pesquisadora (1C) do CNPQ/Brasil. Membro do Conselho Deliberativo da ABRASCO. Doutora em Demografia pela UFMG. Especialista em Ciência Política. Orientadora da pesquisa. E-mail: iola@medicina.ufmg.br. ORCID iD: 0000-0002-0206-2462.

3 Professor Titular do Departamento de Política, Gestão e Saúde da Faculdade de SP da Universidade de São Paulo (FSP/USP). Co-Diretor Científico do Núcleo de Pesquisa em Direito Sanitário da USP. Livre-Docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da USP. Pós-Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Paris 2. Doutor em SP pela USP. Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela FADUSP. Co-Orientador da pesquisa. E-mail: fernando.aith@usp.br. ORCID iD: 0000-0003-1971-9130.



institutional effects. In Brazil, it was fulfilled public audiences; shaped interests groups and created new institutions in executive and judiciary branches. In Colombia, it was instituted policies and structural reforms. We hope that the results contribute to the discussions about policies, judicialization and the search for the right to health in the countries.

**PALABRAS CLAVE:** Judicialización de la salud; estudios comparados; Brasil; Colombia.

**KEY WORDS:** Judicialization of health; comparative studies; Brazil; Colombia

## I. Introdução

O Brasil e a Colômbia enfrentam, desde os anos 1990, o aumento de ações judiciais que envolvem prestações de saúde, o que gera consequências para os sistemas e questionamentos quanto à abrangência do direito à saúde. Em 2018 no Brasil, foram interpostas 2.228.531 ações envolvendo questões de saúde, significando um aumento de quase 20% em relação a 2017.<sup>4</sup> A Colômbia também apresentou aumento do número de ações, passando de 197.655 tutelas em 2017, para 207.734 em 2018.<sup>5</sup> A realidade brasileira revela o predomínio de ações individuais, perfil que vem se mantendo com o decorrer dos anos. Em 2008, somente 2% dos litígios analisados se referia a ações coletivas<sup>6</sup> e uma década depois, a mesma proporção (2,35%) foi observada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).<sup>7</sup> Além disso, houve diferença do volume de ações entre a saúde suplementar e a saúde pública, sendo que o setor privado apresentou um aumento mais expressivo da litigância ao longo do tempo. Outro dado importante são as baixas taxas ou ausência de ações em municípios mais vulneráveis,<sup>8,9</sup> resultado também encontrado no caso colombiano, onde regiões mais desenvolvidas foram as que apresentaram maior volume de tutelas em 2018.<sup>10</sup>

Diversos estudos são desenvolvidos com foco nas características das ações, decisões dos juízes ou acesso aos serviços. Há abordagens que percebem o fenômeno como a materialização do acesso à justiça e um sinalizador das necessidades de saúde, enquanto outras, consideram que a judicialização prejudica o cumprimento das políticas de saúde, o financiamento e a sustentabilidade do sistema. Nessa perspectiva, o objetivo do artigo é analisar as consequências políticas e institucionais da judicialização da saúde no Brasil e na Colômbia. Foi realizada uma revisão narrativa da literatura em bases de literatura científica e oficiais. Para a análise, o debate acerca dos arranjos institucionais no âmbito dos sistemas de saúde e jurídicos do Brasil e da Colômbia se mostrou

4 SCHULZE, Clênio Jair (2019): Números de 2019 da judicialização da saúde no Brasil. Tomado de: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/numeros-de-2019-da-judicializacao-da-saude-no-brasil>, Fecha de consulta: 06.09.2019.

5 DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2019): La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2018, Defensoría del Pueblo de Colombia, Bogotá.

6 HOFFMANN, Florian Fabian y Fernando Ramalho Ney Montenegro BENTES (2008): "Accountability for Social and Economic Rights in Brazil" en GAURI, Varun y Daniel M. BRINKS (eds.): *Courting Social Justice. Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, Cambridge University Press, New York, pp.100-145.

7 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2019): Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução, Insuper/CNJ, Brasília.

8 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2019): Op. Cit.

9 LOPES, Luciana de Melo Nunes, Francisco de Assis ACURCIO, Semíramis Domingues DINIZ et al. (2019): "(Un)Equitable distribution of health resources and the judicialization of healthcare: 10 years of experience in Brazil", en *International Journal for Equity in Health*, Vol.18, Nro.10, BMC, Londres, pp.1-8, doi: <https://doi.org/10.1186/s12939-019-0914-5>.

10 DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2019): Op. Cit.

necessário, dado que tais arranjos influenciam as características da judicialização em cada país, bem como as respostas dos atores e instituições.

## II. Arranjos político-institucionais: interface com a judicialização no Brasil e na Colômbia

### 1. Os sistemas de saúde e jurídicos e sua relação com as características da judicialização

De forma geral, em países nos quais o judiciário é autônomo e receptivo,<sup>11</sup> a sociedade encaminha suas demandas às cortes, sendo que a litigância, as decisões dos juízes e respostas a essas decisões tendem a acompanhar a infraestrutura política e institucional dos sistemas de saúde. As cortes estão mais propensas a intervir em sistemas com maior capacidade instalada e financeira para suportar as imposições, além de direcionarem as decisões para as políticas já existentes. Por outro lado, quando as decisões não são compatíveis com a burocracia estatal, a implementação se torna um desafio ainda maior.<sup>12</sup>

No Brasil, o direito à saúde foi reconhecido pela Constituição de 1988 (CF/88) e institucionalizado pelo Sistema Único de Saúde (SUS), um sistema público, com uma rede complexa e descentralizada, que abrange os três níveis de governo. Aos municípios, cabe a gestão e prestação (por rede própria ou contratada) da maioria dos serviços e, ao nível federal, compete a proposição de políticas nacionais, o co-financiamento do sistema, regulação, fiscalização, entre outras. Os estados também são responsáveis pelo financiamento, podendo assumir a gestão da assistência de municípios que ainda não possuem essa competência.<sup>13</sup> Diante desse arranjo complexo, a gestão da estrutura política e de cobertura torna-se desafiadora e, frequentemente, enfrenta problemas de ineficiência e insuficiência de financiamento, o que faz com que os usuários precisem percorrer várias etapas burocráticas para obterem o atendimento ou recorrer aos prestadores privados e planos de saúde.<sup>14</sup>

Há o favorecimento constante das práticas privadas, com contratação de diversas entidades, limitando a capacidade do governo em ampliar a rede pública e restringindo o Estado ao papel de comprador.<sup>15, 16</sup> Tais práticas podem ser explicadas, em grande parte, pelos legados das políticas de saúde anteriores à reforma sanitária. Ao mesmo tempo em que houve a criação de um sistema público universal, a rede privada foi fortalecida, levando ao estabelecimento de um sistema segmentado.<sup>17</sup> A incoerência entre o texto constitucional e a realidade institucional têm contribuído para o deslocamento de milhares de cidadãos para a via judicial,<sup>18</sup> o que associado ao perfil do sistema jurídico brasileiro, faz com que a judicialização assuma contornos específicos e de proporções

11 GARGARELLA, Roberto (2013): *Latin American Constitutionalism, 1810 – 2010. The Engine Room of the Constitution*, Oxford University Press, New York.

12 BRINKS, Daniel M. y Varun GAURI (2008): "A new policy landscape: legalizing social and economic rights in the developing world" en GAURI, Varun y Daniel M. BRINKS (eds.): *Courting Social Justice. Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, Cambridge University Press, New York, pp.303-352.

13 AITH, Fernando M. Abujamra (2010): "A saúde como direito de todos e dever do Estado: o papel dos poderes executivo, legislativo e judiciário na efetivação do direito à saúde no Brasil" en AITH, Fernando M. Abujamra, Luciana T. Mattana SATURNINO, Maria G. Araújo DINIZ et al. (orgs.): *Direito Sanitário - Saúde e Direito, um diálogo possível*, ESP-MG, Belo Horizonte, pp.73-105.

14 HOFFMANN, Florian Fabian y Fernando Ramalho Ney Montenegro BENTES (2008): Op. Cit.

15 FLEURY, Sônia (2012): "Judicialização pode salvar o SUS", en *Saúde em Debate*, Vol.36, Nro.93, CEBES, Rio de Janeiro, pp. 159-162.

16 MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves (2007): *Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetória*, Fiocruz, Rio de Janeiro.

17 MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves (2007): Op. Cit.

18 FLEURY, Sônia (2012): Op. Cit.

sem precedentes. Além da ampliação dos mecanismos de acesso à justiça, a CF/88 proveu o Judiciário com um alto nível de independência e capacidade de *accountability* dos outros poderes<sup>19</sup>. Ainda, há a perda da confiança no poder Legislativo, permitindo seu controle pelo Executivo por meio de estratégias de atração dos parlamentares para a base governamental, relacionadas ao atendimento de demandas locais e eleitorais. A cooptação do legislativo sequestra sua agenda política, ao mesmo tempo em que esvazia a esfera pública e reduz os mecanismos de expressão de demandas pela sociedade. Nesse contexto e diante de medidas voltadas para a privatização de serviços públicos, observa-se o deslocamento das vias republicanas para a Justiça.<sup>20</sup>

Vale ressaltar que a ordem jurídica brasileira - com predomínio do sistema *civil law* e resistência ao aspecto vinculante de decisões prévias - favorece o alto volume de ações individuais e repetitivas. As cortes são reticentes quanto ao provimento de ações coletivas devido ao receio de interferência nas políticas e desvio do princípio da separação de poderes. O Brasil apresenta um controle misto de constitucionalidade, no qual há a combinação entre o controle concentrado/abstrato, exercido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), e difuso/concreto (o mais comum). Cada juiz se vê livre para a interpretar a lei, mesmo em situações similares. As ações individuais podem ser interpostas por meio da Defensoria Pública (DP) ou advogados particulares e têm efeitos somente inter partes. Ao Ministério Público (MP), cabe a proposição da ação civil pública, que apresenta impacto *erga omnes*. A entidade, entretanto, vem assumindo casos individuais em locais onde a DP está ausente ou enfraquecida, o que remete à questão do acesso à justiça. A classe média pode recorrer a advogados privados e tende a ter maior conhecimento quanto aos seus direitos.<sup>21, 22</sup> As pessoas mais vulneráveis socialmente, portanto, enfrentam uma dupla exclusão: da garantia do direito à saúde e do acesso à via jurídica, dado que os locais onde há maior problemas de acesso aos serviços, coincidem com os locais de menor proteção jurídica.

No caso da Colômbia, o direito à saúde foi positivado pela Constituição de 1991 e regulamentado pela Lei 100, marco da reforma sanitária e da criação do Sistema Geral de Seguridade Social em Saúde (SGSSS), um sistema híbrido que tem o Estado como modulador e gestor e o setor privado como principal prestador dos serviços.<sup>23, 24</sup> As Entidades Promotoras de Saúde (EPS) atuam como gestoras e as Instituições Prestadoras de Serviço (IPS) são responsáveis pela assistência aos usuários, tendo como base o Plano Obrigatório de Saúde (POS),<sup>25</sup> atualmente Plano de Benefícios de Saúde (PBS). O sistema institucionaliza dois regimes de inserção da população: um contributivo, financiado por meio das remunerações laborais, e um subsidiado, criado para assegurar

---

19 SANTISO, Carlos (2004): "Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability" em GLOPPEN, Siri, Roberto GARGARELLA, Elin SKAAR (eds.): *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Court in New Democracies*, Frank Cass, London, pp.117-131.

20 VIANNA, Luiz Werneck y Marcelo Baumann BURGOS (2005): "Entre Principios e Regras: Cinco Estudos de Caso de Ação Civil Pública", em DADOS - Revista de Ciências Sociais, Vol.48, Nro.4, ABRASCO, Rio de Janeiro, pp.777-843, doi: <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582005000400003>.

21 BRINKS, Daniel M. y Varun GAURI (2008): Op. Cit.

22 HOFFMANN, Florian Fabian y Fernando Ramalho Ney Montenegro BENTES (2008): Op. Cit.

23 ALMEIDA, Célia Maria de (1999): "Reforma do Estado e reforma de sistemas de saúde: experiências internacionais e tendências de mudança", em *Ciência & Saúde Coletiva*, Vol.4, Nro.2, ABRASCO, Rio de Janeiro, pp.263-286, doi: <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81231999000200004>.

24 LONDOÑO, Juan-Luis y Julio FRENK (1997): *Pluralismo estructurado: hacia un modelo innovador para la Reforma de los sistemas de salud en América Latina*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington.

25 VELEZ, Marcela (2016): *La salud en Colombia: pasado, presente y futuro de un sistema en crisis*, Debate, Bogotá.

a assistência à população mais vulnerável e sem capacidade de pagamento.<sup>26, 27, 28</sup> Os dois regimes, entretanto, foram criados com coberturas diferentes, sendo que os filiados ao regime subsidiado apresentavam um plano de benefícios mais restrito em relação ao contributivo.<sup>29</sup> À época da reforma, foi estabelecido que a unificação das coberturas ocorreria até 2001, mas apesar de grandes avanços, somente 82% da população estava inserida no SGSSS em 2006.<sup>30</sup> Nem mesmo os assegurados do regime contributivo têm garantia de atenção, havendo copagamentos e cotas moderadoras, demora na marcação de consultas, tramites excessivos e burocráticos, fazendo os usuários (dos dois regimes) tenham que contratar diretamente os serviços privados e/ou acionar o judiciário.<sup>31, 32</sup>

Assim como no Brasil, o poder judiciário colombiano é autônomo e receptivo, mas há diferenças em sua ordem jurídica. A Corte Constitucional Colombiana (CCC) foi criada pela Constituição de 1991 com fortes prerrogativas em relação aos outros poderes, atuando como substituta do legislador diante da fragilidade das instituições políticas.<sup>33</sup> Ainda, o precedente jurisprudencial adquiriu força vinculante e o sistema jurídico colombiano passou a ser uma combinação entre o *Civil Law* e o *Common Law*.<sup>34</sup> O acesso ao judiciário para obtenção de prestações de saúde é realizado por meio das ações de tutela, que foram criadas pela Constituição de 1991 e podem ser interpostas diretamente pelo cidadão, sendo pouco dispendiosas e rápidas. Apesar de terem sido criadas para a proteção de direitos fundamentais, as tutelas aplicam-se aos direitos sociais a partir da sua conexão com a violação de um direito fundamental (como o direito à vida).<sup>35</sup> A Corte pode atuar diretamente nas tutelas ou como revisora das decisões emitidas por tribunais inferiores, quando suas sentenças atingem somente as partes envolvidas no processo. Para a revisão, a CCC instaura, mensalmente, uma sala de seleção de tutela na qual são analisadas, a partir da doutrina do Estado de Coisas Inconstitucional, as ações que envolvem a violação de direitos fundamentais e coletivos por falhas estruturais. Nesse sentido, a Corte assume a centralidade da proteção aos direitos constitucionais, pois além das ações de revisão servirem como baliza para as decisões das outras instâncias, o controle de constitucionalidade das leis é concentrado/abstrato.<sup>36</sup>

---

26 ALMEIDA, Célia Maria de (1999): Op. Cit.

27 GÓMEZ-CEBALLOS, Diego Alexander, Isabel Maria Rodrigues CRAVEIRO, Luzia Augusta Pires GONÇALVES (2018): "A importância da judicialização da saúde na garantia do direito à saúde em Medellín – Colômbia", em SANTOS, Alethele de Oliveira y Luciana Tolédo Lopes (orgs.): Coletânea direito à saúde: institucionalização, CONASS, Brasília, pp.82-93.

28 VELEZ, Marcela (2016): Op. Cit.

29 GÓMEZ-CEBALLOS, Diego Alexander, Isabel Maria Rodrigues CRAVEIRO, Luzia Augusta Pires GONÇALVES (2018): Op. Cit.

30 FUHRMANN, Italo Roberto (2016): "Direito fundamental à saúde na Colômbia: perspectivas constitucionais a partir da jurisprudência da corte constitucional da República da Colômbia", em Redes – Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Vol.4, Nro.2, UnilaSalle, Canoas, pp.147-164, doi: <http://dx.doi.org/10.18316/2318-8081.16.29>.

31 GUERRERO, Ramiro, Ana Isabel GALLEGÓ, Victor BECERRIL-MONTEKIO et al (2011): "Sistema de salud de Colombia", em Salud Pública de México, Vol.53, Supl.2, Instituto Nacional de Salud Pública, Cuernavaca, pp.S144-S155.

32 VELEZ, Marcela (2016): Op. Cit.

33 LANDAU, David y Julián Daniel LÓPEZ-MURCIA (2009): "Political institutions and judicial role: an approach in context, the case of the Colombian Constitutional Court", em Universitas, Nro.119, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, pp.55-92.

34 IBARRA, Jennifer Patricia Santos (2013): "Sistema jurídico colombiano, ordenamiento legal y orden jurídico prevalente", em Revista Academia & Derecho, Vol.6, Nro.4, Universidad Libre, Cúcuta, pp.155-172.

35 YEPES, Rodrigo Uprimny (2006): "The enforcement of social rights by the Colombian, Constitutional Court: Cases and debates" em GARGARELLA, Roberto, Pilar DOMINGO, Theunis ROUX (eds.): Courts and Social Transformation in New Democracies. An institutional voice for the poor? Ashgate, Hampshire, pp.127-151.

36 FUHRMANN, Italo Roberto (2016): Op. Cit.

## 2. As consequências políticas e institucionais da judicialização da saúde no Brasil e na Colômbia

A judicialização da saúde é um fenômeno que traz consequências para os sistemas de saúde, entre elas as orçamentárias, políticas e penais para os gestores. Pode haver o desrespeito a procedimentos de compra de medicamentos, a desconsideração das prioridades de saúde e o não respeito às filas para atendimento. Por outro lado, há implicações pedagógicas para os governantes e positivas para as políticas de saúde, dado que algumas ações estão relacionadas a falhas nas prestações já cobertas<sup>37, 38</sup>,<sup>39</sup> ou à desatualização dos programas e protocolos terapêuticos. Nesse último caso, a gestão pode optar por se antecipar às ações judiciais e programar a distribuição de medicamentos não incluídos, por exemplo, mas corre o risco de não atender aos parâmetros de segurança e eficácia da inclusão.<sup>40</sup> Em relação às questões políticas e institucionais, as consequências da judicialização podem significar impactos estruturais para as políticas ou podem ser pontuais, com a criação de novas instituições ou mudanças de processos e papéis.

No Brasil, um dos maiores impactos da judicialização da saúde foi promovido no final dos anos 1990 com o aperfeiçoamento da política de HIV/AIDS, havendo a incorporação de medicamentos antirretrovirais e para infecções oportunistas. Em 2007, foi criada a Comissão para o Uso Racional de Medicamentos, com o objetivo de elaborar diretrizes para o uso de todos os medicamentos incluídos no SUS.<sup>41</sup> Em contrapartida, como resposta direta ao aumento das ações, o Ministério da Saúde implementou, a partir de 2014, medidas para otimizar os custos da aquisição dos medicamentos demandados judicialmente, como a formalização de contratos anuais para viabilizar a compra em escala de medicamentos de alto custo e a contratação de fornecedor único para os de baixo custo.<sup>42</sup> Ao mesmo tempo, a judicialização está relacionada à mudança na atuação do MP para um controle administrativo e pré-processual, assumindo o papel de cogestor ou mesmo de formulador de políticas. Há estratégias de negociação conjunta e extrajudicial, estabelecida entre o próprio MP, Defensoria, juízes e gestores, para a busca de soluções para os casos concretos<sup>43</sup> e para problemas gerais das políticas. Observa-se a criação de instâncias de Mediação Sanitária em diversas partes do país, como Brasília e Minas Gerais.<sup>44</sup> Um caso emblemático de cooperação foi o desfecho de uma ação civil pública do Rio de Janeiro em 2002, na qual era pleiteado o fornecimento de medicamentos pelos governos estadual e municipal, solidariamente. A partir da uma audiência entre os interessados, foi estabelecido um acordo para a criação da Central de Atendimento para os Necessitados de Medicamentos, uma instância comum entre estado e município, visando-se aumentar e eficiência da dispensação e evitar a ação judicial. Entretanto, a Central enfrentou problemas de estoque e forneceu

37 BETANCUR, Carlos Mario Molina (2013): "La tutela y reforma en salud: desencanto de un juez soñador", en *Universitas*, Nro.127, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, pp.157-188, doi: <http://dx.doi.org/10.1144/javeriana.VJ127.trsd>.

38 DELDUQUE, Maria Célia y Eduardo Vazquez de CASTRO (2015): "A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil", en *Saúde em Debate*, Vol.39, Nro.105, CEBES, Rio de Janeiro, pp. 506-513, doi: <http://dx.doi.org/10.1590/0103-110420151050002017>.

39 HOFFMANN, Florian Fabian y Fernando Ramalho Ney Montenegro BENTES (2008): Op. Cit.

40 MACHADO, Marina Amaral de Ávila, Francisco de Assis ACURCIO, Cristina Mariano Ruas BRANDÃO et al. (2011): "Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil", en *Revista de Saúde Pública*, Vol.45, Nro.3, FM/USP, São Paulo, pp.590-598, doi: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89102011005000015>.

41 HOFFMANN, Florian Fabian y Fernando Ramalho Ney Montenegro BENTES (2008): Op. Cit.

42 DAVID, Grazielle, Alane ANDRELINO, Nathalie BEGHIN (2016): *Direito a medicamentos. Avaliação das despesas com Medicamentos no âmbito federal do Sistema Único de Saúde entre 2008 e 2015*, Instituto de Estudos Socioeconômicos, Brasília.

43 HOFFMANN, Florian Fabian y Fernando Ramalho Ney Montenegro BENTES (2008): Op. Cit.

44 DELDUQUE, Maria Célia y Eduardo Vazquez de CASTRO (2015): Op. Cit.

principalmente os medicamentos básicos a cargo do município, o que levou ao aumento da concessão de liminares.<sup>45</sup>

Pode-se ressaltar a realização de uma audiência pública no STF em 2009, que contou com a participação de atores envolvidos com a judicialização da saúde e cujo objetivo foi discutir aspectos técnicos e políticos do fenômeno, criando balizas para as decisões e gerando consequências políticas importantes. Foi criada a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (Conitec), a qual substituiu a antiga Comissão de Incorporação de Tecnologias do Ministério da Saúde (Citec) e visou o aprimoramento do processo de incorporação de tecnologias no SUS.<sup>46</sup> Paralelamente, o CNJ editou a Recomendação n. 31/2011, indicando o seguimento das diretrizes da audiência e a adoção pelos tribunais de medidas para assegurar maior eficiência no tratamento e solução das demandas.<sup>47, 48</sup> Para tanto, foram criados os Núcleos de Assessoria Técnica (NAT) em vários estados, compostos por equipes multidisciplinares e com o objetivo de fornecer consultoria aos magistrados por meio da elaboração de pareceres sobre questões clínicas e das políticas de saúde relacionadas à ação judicial.<sup>49</sup> Ainda, o CNJ criou o Fórum Nacional do Judiciário para o monitoramento e resolução das ações em saúde, além da proposição de medidas de prevenção de conflitos.<sup>50</sup>

Em 2016, na Ação Direita de Inconstitucionalidade que buscou a suspensão da lei que liberava a dispensação da fosfoetanolamina (pílula do câncer), o STF estabeleceu que medicamentos e tecnologias que não tenham a segurança e eficácia comprovadas, não devem ser fornecidos. Podem-se citar ainda a conformação de grupos de interesse, a formação de escritórios de advocacia especializados em ações de saúde e a criação de Organizações Não-governamentais (ONGs) e associações de pacientes. Destaca-se o fortalecimento do *lobby* da indústria farmacêutica por meio de marketing voltado aos prescritores e usuários do sistema, contribuindo para a pressão quanto à incorporação de produtos sem a devida regulação.<sup>51, 52, 53</sup>

Na Colômbia, os desafios do sistema de saúde e o alto volume de tutelas, fizeram com que a CCC buscasse soluções estruturais, com efeitos coletivos, que ultrapassem a proteção individual. No final dos anos 1990, a Corte determinou que todos os prestadores garantissem a assistência aos usuários vinculados ao regime contributivo. Nos casos em que os serviços não eram cobertos pelo POS, os prestadores deveriam buscar o reembolso após o atendimento. Para os usuários do regime subsidiado, os prestadores eram obrigados a informar e conduzir os pacientes aos serviços públicos. Após essa jurisprudência, no ano 2000, o Ministério da Saúde emitiu uma resolução que estabelecia a mesma proteção garantida ao regime contributivo para os usuários

---

45 VIANNA, Luiz Werneck y Marcelo Baumann BURGOS (2005): Op. Cit.

46 GOMES, Dalila F, Camila Rufino SOUZA, Felipe Luiz da SILVA. et al. (2014): "Judicialização da saúde e a audiência pública convocada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009: o que mudou de lá para cá?", en *Saúde em Debate*, Vol.38, Nro.100, CEBES, Rio de Janeiro, pp. 139-156, doi: <http://dx.doi.org/10.5935/0103-104.20140008>.

47 AITH, Fernando Mussa Abujamra (2010): Op. Cit.

48 BALESTRA NETO, Otávio (2015): "A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade", en *Revista de Direito Sanitário*, Vol.15, Nro.1, USP, São Paulo, pp. 87-111, doi: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v16i1p87-111>.

49 GOMES, Dalila F, Camila Rufino SOUZA, Felipe Luiz da SILVA. et al. (2014): Op. Cit.

50 BALESTRA NETO, Otávio (2015): Op. Cit.

51 DAVID, Grazielle, Alane ANDRELINO, Nathalie BEGHIN (2016): Op. Cit.

52 HOFFMANN, Florian Fabian y Fernando Ramalho Ney Montenegro BENTES (2008): Op. Cit.

53 MACHADO, Marina Amaral de Ávila, Francisco de Assis ACURCIO, Cristina Mariano Ruas BRANDÃO et al. (2011): Op. Cit.



do subsidiado.<sup>54</sup> Entretanto, a atuação da CCC até 2000 focou em garantir tratamentos não incluídos no sistema e não promoveu grandes mudanças em sua estrutura. A partir de então, houve mudanças jurisprudenciais com implicações para a cobertura do sistema, e o direito à saúde passou a ser julgado como direito social fundamental.<sup>55</sup> O Congresso deixou claro seu apoio à CCC, ao rejeitar diversos projetos que buscavam limitar o alcance das tutelas e, em 2005, aprovou uma lei que visava melhorar o cuidado de pessoas que sofriam de doenças terminais ou catastróficas, como a HIV/AIDS.<sup>56</sup>

Em 2007, foi realizada uma reforma parcial do SGSSS, com vistas a melhorar a prestação dos serviços, a partir de ajustes na gestão, financiamento, vigilância, entre outros. Apesar dos esforços do governo, o volume de tutelas continuou em crescimento, culminando com a expedição da sentença T-760 de 2008, marco jurisprudencial que implicou em consequências estruturais para o sistema de saúde. Foram selecionadas 22 tutelas que buscavam a proteção individual do direito à saúde e que representavam as causas mais frequentes de demandas judiciais. Uma parte da decisão analisou cada caso, enquanto a outra se referiu aos problemas estruturais do sistema (principalmente de regulação), com a finalidade de promover a redução da litigância, tendo como base decisões anteriores e as leis do sistema.<sup>57, 58</sup>

Entre as ordens apresentadas, a Corte estabeleceu que fosse garantida a sustentabilidade financeira do sistema e o fornecimento adequado de informações aos usuários, para favorecer a escolha do prestador de saúde. A maioria das ordens se relacionou aos planos de benefícios e foi apontada a obsolescência do plano de saúde, assim como a imprecisão quanto ao seu conteúdo e cobertura. Foi ressaltado que a maior parte das tutelas se referia a serviços já incluídos no plano, o que revelou uma estratégia utilizada pelas operadoras para burlarem a regulação do sistema, transformando a tutela em um pré-requisito para garantir o acesso aos procedimentos. Do mesmo modo, foi considerada inaceitável a diferenciação entre os planos de saúde dos dois regimes, sendo recomendada sua unificação gradual. Instituiu-se ainda a obrigatoriedade de o poder executivo informar à CCC e à Defensoria sobre os avanços nesse sentido.<sup>59, 60, 61</sup> Em 2011, o governo encaminhou nova reforma parcial do SGSS em resposta à sentença T-760, mas a unificação dos planos só ocorreu em julho de 2012.<sup>62</sup>

Outra mudança promovida foi a adoção, a partir de 2013, de dois novos tipos de regulação da precificação de medicamentos para redução dos gastos: liberdade de mercado supervisionada e controle direto de preços. Finalmente, em 2015, a partir da linha jurisprudencial da CCC, o Congresso publicou uma lei estatutária que reconhece a saúde como um direito fundamental e, portanto, protegido diretamente pela tutela, sem necessidade de conectá-lo a outro direito. As mudanças, entretanto, enfrentaram

---

54 ARRIETA-GÓMEZ, Aquiles Ignacio (2018): "Realizing the fundamental right to health through litigation: the Colombian case", en *Health and Human Rights Journal*, Vol.20, Nro.1, Harvard, Boston, pp. 133-145.

55 BETANCUR, Carlos Mario Molina (2013): Op. Cit.

56 ARRIETA-GÓMEZ, Aquiles Ignacio (2018): Op. Cit.

57 CANO, Luisa F. (2015): "El litigio estructural en salud: un estudio comparado con base en casos de Sudáfrica, Argentina, India y Colombia", en *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, Vol.33, Nro.1, Universidad de Antioquia, Medellín, pp. 111-120.

58 FUHRMANN, Italo Roberto (2016): Op. Cit.

59 ARRIETA-GÓMEZ, Aquiles Ignacio (2018): Op. Cit.

60 CANO, Luisa F. (2015): Op. Cit.

61 FUHRMANN, Italo Roberto (2016): Op. Cit.

62 GÓMEZ-CEBALLOS, Diego Alexander, Isabel Maria Rodrigues CRAVEIRO, Luzia Augusta Pires GONÇALVES (2018): Op. Cit.

resistência dos governantes, que tentaram obstruir as ordens estruturais, declarando estado de emergência econômica e social e utilizando poderes de emergência para mudar o arcabouço legal.<sup>63</sup> Foi introduzida uma Emenda Constitucional, estabelecendo o princípio da sustentabilidade fiscal e possibilitando ao governo e ao MP a apresentação de um incidente de impacto fiscal para frear as sentenças. No âmbito da CCC, foi criada uma Sala Especial de Seguimento, com o objetivo de emitir comunicados e autos relativos ao monitoramento da implementação de cada recomendação. Diante da diversidade de critérios entre os atores, da complexidade do tema e da ausência de participação da sociedade, o seguimento proposto teve poucos resultados.<sup>64</sup> Paralelamente, a sentença reconheceu o dever dos juízes em apoiar e respeitar decisões políticas limitantes do direito à saúde, desde que fundamentadas, razoáveis e transparentes.<sup>65</sup>

### III. Considerações finais: a judicialização da saúde como questão política estruturante

A delimitação da judiciabilidade do direito à saúde e avaliação de suas consequências não é uma tarefa simples, já que depende do contexto legal e político do país, assim como da distribuição dos bens sociais e de fatores institucionais que ultrapassam o texto constitucional e suas interpretações.<sup>66</sup> Nessa perspectiva, a discussão proposta busca superar a ideia de combate à judicialização da saúde, evidenciando que as características institucionais produzem mudanças distintas nos sistemas e políticas de saúde e que muitas dessas mudanças foram (e são) fundamentais para a efetivação do direito à saúde nos dois países. Como ressalta Fleury,<sup>67</sup> é necessário apoiar a judicialização no sentido de garantir mudanças concretas no sistema de saúde, enfrentando a lógica de acumulação financeira e as investidas dos interesses privados. Vale destacar que no Brasil, a predominância das ações individuais que caracteriza a atuação do judiciário, termina por legitimar movimentos para restringir sua abrangência. No caso da Colômbia, Arrieta-Gómez<sup>68</sup> apresentou percepção similar e assinala que essa reatividade à litigância, na verdade, leva ao aumento do volume de ações.

Ademais, para que a judicialização tenha consequências políticas e institucionais efetivas, a literatura aponta alguns condicionantes: a necessária coletivização das medidas; o cumprimento das sentenças e sua emissão baseadas em políticas existentes; a presença de infraestrutura prévia para execução das ordens judiciais; o apoio político às demandas e o acompanhamento da execução das sentenças, com participação social.<sup>69, 70, 71</sup> A coletivização das medidas depende da receptividade das cortes, além da sua posição em termos de controle de constitucionalidade, sendo que cortes centralizadas, como a colombiana, tendem a promover maior impacto. No caso do Brasil, o sucesso de ações coletivas é um desafio,<sup>72</sup> mas questiona-se se o deferimento

---

63 ARRIETA-GÓMEZ, Aquiles Ignacio (2018): Op. Cit.

64 CANO, Luisa F. (2015): Op. Cit.

65 ARRIETA-GÓMEZ, Aquiles Ignacio (2018): Op. Cit.

66 BRINKS, Daniel M. y Varun GAURI (2008): Op. Cit.

67 FLEURY, Sônia (2012): Op. Cit.

68 ARRIETA-GÓMEZ, Aquiles Ignacio (2018): Op. Cit.

69 BRINKS, Daniel M. y Varun GAURI (2008): Op. Cit.

70 CANO, Luisa F. (2015): Op. Cit.

71 HOFFMANN, Florian Fabian y Fernando Ramalho Ney Montenegro BENTES (2008): Op. Cit.

72 BRINKS, Daniel M. y Varun GAURI (2008): Op. Cit.



de um grande número de ações individuais e difusas já não estaria acarretando o temido impacto financeiro. O Judiciário brasileiro poderia, por exemplo, intervir em questões que afetam diretamente a distribuição dos serviços, como o financiamento do SUS.<sup>73</sup> Ainda, as Cortes poderiam atuar na limitação de proteção de patentes; no controle de preços de medicamentos ou na restrição a esquemas de privatização.<sup>74</sup> Espera-se que os resultados do presente estudo, além do intercâmbio de experiências entre o Brasil e a Colômbia, possam contribuir para os debates acerca das políticas e da judicialização da saúde nos dois países.

---

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AITH, Fernando M. Abujamra (2010): "A saúde como direito de todos e dever do Estado: o papel dos poderes executivo, legislativo e judiciário na efetivação do direito à saúde no Brasil" em AITH, Fernando M. Abujamra, Luciana T. Mattana SATURNINO, Maria G. Araújo DINIZ et al. (orgs.): *Direito Sanitário - Saúde e Direito, um diálogo possível*, ESP-MG, Belo Horizonte, pp.73-105.
- ALMEIDA, Célia Maria de (1999): "Reforma do Estado e reforma de sistemas de saúde: experiências internacionais e tendências de mudança", em *Ciência & Saúde Coletiva*, Vol.4, Nro.2, ABRASCO, Rio de Janeiro, pp.263-286, doi: <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81231999000200004>.
- ANDRADE, Eli Iola Gurgel, Carlos Dalton MACHADO, Daniel Resende FALEIROS et al. (2008): "A judicialização da saúde e a política nacional de assistência farmacêutica no Brasil: gestão da clínica e medicalização da justiça", em *Revista Médica de Minas Gerais*, Vol.19, Supl.4, Coopmed, Belo Horizonte, pp.S46-S50.
- ARRIETA-GÓMEZ, Aquiles Ignacio (2018): "Realizing the fundamental right to health through litigation: the Colombian case", em *Health and Human Rights Journal*, Vol.20, Nro.1, Harvard, Boston, pp. 133-145.
- BALESTRA NETO, Otávio (2015): "A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade", em *Revista de Direito Sanitário*, Vol.15, Nro.1, USP, São Paulo, pp. 87-111, doi: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v16i1p87-111>.
- BETANCUR, Carlos Mario Molina (2013): "La tutela y reforma en salud: desencanto de un juez soñador", em *Vniversitas*, Nro.127, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, pp.157-188, doi: <http://dx.doi.org/10.1144/Javeriana.VJ127.trsd>.
- BRINKS, Daniel M. y Varun GAURI (2008): "A new policy landscape: legalizing social and economic rights in the developing world" em GAURI, Varun y Daniel M. BRINKS (eds.): *Courting Social Justice. Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, Cambridge University Press, New York, pp.303-352.
- CANO, Luisa F. (2015): "El litigio estructural en salud: un estudio comparado con base en casos de Sudáfrica, Argentina, India y Colombia", em *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, Vol.33, Nro.1, Universidad de Antioquia, Medellín, pp. 111-120.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2019): *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Insper/CNJ, Brasília.

---

73 LOPES, Luciana de Melo Nunes, Francisco de Assis ACURCIO, Semíramis Domingues DINIZ et al. (2019): Op. Cit.

74 BRINKS, Daniel M. y Varun GAURI (2008): Op. Cit.

- DAVID, Grazielle, Alane ANDRELINO, Nathalie BEGHIN (2016): Direito a medicamentos. Avaliação das despesas com Medicamentos no âmbito federal do Sistema Único de Saúde entre 2008 e 2015, Instituto de Estudos Socioeconômicos, Brasília.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2019): La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2018, Defensoría del Pueblo de Colombia, Bogotá.
- DELDUQUE, Maria Célia y Eduardo Vazquez de CASTRO (2015): "A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil", en Saúde em Debate, Vol.39, Nro.105, CEBES, Rio de Janeiro, pp. 506-513, doi: <http://dx.doi.org/10.1590/0103-110420151050002017>.
- FLEURY, Sônia (2012): "Judicialização pode salvar o SUS", en Saúde em Debate, Vol.36, Nro.93, CEBES, Rio de Janeiro, pp. 159-162.
- FUHRMANN, Italo Roberto (2016): "Direito fundamental à saúde na Colômbia: perspectivas constitucionais a partir da jurisprudência da corte constitucional da República da Colômbia", en Redes – Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Vol.4, Nro.2, UnilaSalle, Canoas, pp.147-164, doi: <http://dx.doi.org/10.18316/2318-8081.16.29>.
- GARGARELLA, Roberto (2013): Latin American Constitutionalism, 1810 – 2010. The Engine Room of the Constitution, Oxford University Press, New York.
- GOMES, Dalila F, Camila Rufino SOUZA, Felipe Luiz da SILVA. et al. (2014): "Judicialização da saúde e a audiência pública convocada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009: o que mudou de lá para cá?", en Saúde em Debate, Vol.38, Nro.100, CEBES, Rio de Janeiro, pp. 139-156, doi: <http://dx.doi.org/10.5935/0103-104.20140008>.
- GÓMEZ-CEBALLOS, Diego Alexander, Isabel Maria Rodrigues CRAVEIRO, Luzia Augusta Pires GONÇALVES (2018): "A importância da judicialização da saúde na garantia do direito à saúde em Medellín – Colômbia", en SANTOS, Alethele de Oliveira y Luciana Tolêdo Lopes (orgs.): Coletânea direito à saúde: institucionalização, CONASS, Brasília, pp.82-93.
- GUERRERO, Ramiro, Ana Isabel GALLEGO, Victor BECERRIL-MONTEKIO et al (2011): "Sistema de salud de Colombia", en Salud Pública de México, Vol.53, Supl.2, Instituto Nacional de Salud Pública, Cuernavaca, pp.S144-S155.
- HOFFMANN, Florian Fabian y Fernando Ramalho Ney Montenegro BENTES (2008): "Accountability for Social and Economic Rights in Brazil" en GAURI, Varun y Daniel M. BRINKS (eds.): Courting Social Justice. Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world, Cambridge University Press, New York, pp.100-145.
- IBARRA, Jennifer Patricia Santos (2013): "Sistema jurídico colombiano, ordenamiento legal y orden jurídico prevalente", en Revista Academia & Derecho, Vol.6, Nro.4, Universidad Libre, Cúcuta, pp.155-172.
- LANDAU, David y Julián Daniel LÓPEZ-MURCIA (2009): "Political institutions and judicial role: an approach in context, the case of Colombian Constitutional Court", en Vniversitas, Nro.119, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, pp.55-92.
- LONDOÑO, Juan-Luis y Julio FRENK (1997): Pluralismo estructurado: hacia un modelo innovador para la Reforma de los sistemas de salud en América Latina, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington.
- LOPES, Luciana de Melo Nunes, Francisco de Assis ACURCIO, Semíramis Domingues DINIZ et al. (2019): "(Un)Equitable distribution of health resources and the judicialization of healthcare: 10 years of experience in Brazil", en International Journal for Equity in Health, Vol.18, Nro.10, BMC, Londres, pp.1-8, doi: <https://doi.org/10.1186/s12939-019-0914-5>.
- MACHADO, Marina Amaral de Ávila, Francisco de Assis ACURCIO, Cristina Mariano Ruas BRANDÃO et al. (2011): "Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil", en Revista de Saúde Pública, Vol.45, Nro.3, FM/USP, São Paulo, pp.590-

598, doi: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89102011005000015>.

- MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves (2007): *Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetória*. Fiocruz, Rio de Janeiro.
- SANTISO, Carlos (2004): "Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability" en GLOPPEN, Siri, Roberto GARGARELLA, Elin SKAAR (eds.): *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Court in New Democracies*, Frank Cass, London, pp.117-131.
- SCHULZE, Clênio Jair (2019): *Números de 2019 da judicialização da saúde no Brasil*. Empório do Direito. Tomado de: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/numeros-de-2019-da-judicializacao-da-saude-no-brasil>, Fecha de consulta: 06.09.2019.
- VELEZ, Marcela (2016): *La salud en Colombia: pasado, presente y futuro de un sistema en crisis*. Debate, Bogotá.
- VIANNA, Luiz Werneck y Marcelo Baumann BURGOS (2005): "Entre Princípios e Regras: Cinco Estudos de Caso de Ação Civil Pública", en *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Vol.48, Nro.4, IESP/UERJ, Rio de Janeiro, pp.777-843, doi: <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582005000400003>.
- YEPES, Rodrigo Uprimny (2006): "The enforcement of social rights by the Colombian, Constitutional Court: Cases and debates" en GARGARELLA, Roberto, Pilar DOMINGO, Theunis ROUX (eds.): *Courts and Social Transformation in New Democracies. An institutional voice for the poor? Ashgate, Hampshire*, pp.127-151.

# DESJUDICIALIZAÇÃO - ALTERNATIVA VIÁVEL À EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

## DEJUDICIALIZATION - A VIABLE ALTERNATIVE TO THE REALIZATION OF THE RIGHT TO HEALTH

**Sandra Regina Martin<sup>1</sup> Ana Luísa Michelon<sup>2</sup>  
Joana D'Arc de Moraes Malheiros<sup>3</sup>**

**DOI:** [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2020\)06](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)06)

### RESUMEN:

Este artículo busca demostrar que existen otras formas de acceso a la justicia para consagrar el derecho a la salud, y que el fenómeno de la desjudicialización es una excelente alternativa para que las personas ejerzan sus derechos con total seguridad jurídica. Es el ejercicio del derecho a favor de la vida. Prueba de ello son los resultados positivos logrados al mediar conflictos en lugar de presentar una demanda, así como al instrumentalizar varios actos legales en notarios extrajudiciales y cámaras privadas de conciliación y mediación. La metodología utilizada fue la investigación bibliográfica de autores de renombre que comenzaron a desarrollar formas de resolución de disputas, sin la necesidad de activar el poder judicial, se realizó una investigación exploratoria en doctrina y legislación, utilizando el método deductivo. La investigación es extremadamente importante porque analiza un tema actual, que tiene repercusiones en las esferas legal y social.

### RESUMO:

Esse artigo busca demonstrar que existem outras formas de acesso à justiça para consagrar o direito à saúde, e que o fenômeno da desjudicialização é uma excelente alternativa para que o indivíduo exerça seus direitos com plena segurança jurídica. É o exercício do direito em favor da vida. Prova disso são os resultados positivos alcançados com a mediação de conflitos, em vez do ajuizamento de uma demanda judicial, e como com a instrumentalização de diversos atos jurídicos nos cartórios extrajudiciais e nas Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica de renomados autores que passaram a desenvolver formas de solução de litígios, sem a necessidade de se acionar o Poder Judiciário, realizou-se pesquisa de cunho exploratório em doutrina e legislação, valendo-se do método dedutivo. A pesquisa é de suma impor-

1 Professora Produtividade CNPq, Pós Doutora em Direito pela Università de Roma Tre, Pós Doutora em Política Públicas pela Università do Salento. Professora e Coordenadora do Mestrado em Direitos Humanos da UniRitter e Professora Visitante no PPGDIR/UFRGS. Email: srmartini@terra.com.br. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5437-648X>.

2 Mestranda em Direitos Humanos da UniRitter – Laureate Internacional Universities. Bolsista CAPES. Especialização em Direito Público. Fundação Escola Superior do Ministério Público - RS, FESMP/RS, Brasil. E-mail: anamichelon@hotmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9825-9322>.

3 Mestranda em Direitos Humanos da UniRitter – Laureate Internacional Universities. Especialização em Direito Notarial e Registral. Universidade de Passo Fundo – RS UPF/RS, Brasil. MBA Gestão em Serviços Notariais e Registrais FGV Porto Alegre/RS, Brasil. E-mail: joana.malheiros@hotmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1736-6338>.

tância porque analisa um tema atual, que repercute nos âmbitos jurídicos e sociais.

#### ABSTRACT

This article seeks to demonstrate that there are other forms of access to justice to consecrate the right to health, and that the phenomenon of dejudicialization is an excellent alternative for individuals to exercise their rights with full legal certainty. It is the exercise of law in favor of life. Proof of this is the positive results achieved by mediating conflicts rather than filing a lawsuit, as well as by instrumentalizing various legal acts in extrajudicial notaries and private conciliation and metering chambers. The methodology used was the bibliographic research of renowned authors who began to develop forms of dispute resolution, without the need to trigger the judiciary, was conducted exploratory research in doctrine and legislation, using the deductive method. The research is extremely important because it analyzes a current theme, which has repercussions in the legal and social spheres.

PALABRAS CLAVE: Litigio; Desjudicialización; Mediación; Mediación en salud; Derecho a la salud.

---

PALAVRAS-CHAVE: Litigiosidade; Desjudicialização; Mediação; Mediação Sanitária; Direito à saúde.

---

KEY WORDS: Litigation; Dejudicialization; Mediations; Health Mediation; Right to Health

### I. Introdução

O presente estudo aborda as formas de se buscar a solução de conflitos de forma alternativa ao modelo jurisdicional tradicional. Como as relações humanas na contemporaneidade estão abaladas, é crescente a judicialização das demandas. Ante um sistema clássico que não consegue muitas vezes compreender em sua totalidade as problemáticas apresentadas, a sociedade demanda a implantação de um sistema flexível, que ajuste as condutas humanas de uma forma qualitativa, e não apenas quantitativa. As questões de enfrentamento devem, pois, ser analisadas em sua complexidade para a resolução eficiente do litígio.

Buscamos analisar o conflito e entender o que torna a mediação sanitária instrumento social de pacificação e os elementos que serão necessários para a obtenção do sucesso na sua aplicação, por exemplo a mudança de postura dos profissionais do direito, dos profissionais da saúde e da cultura dependente da sociedade em relação ao Poder Judiciário na solução de conflitos.

### II. Importância da desjudicialização na área da saúde

A mediação sanitária é uma nova forma de acesso à Justiça que se utiliza de inovadoras ferramentas para a solução de conflitos, e pode ser operacionalizada tanto nas Câmaras Privadas de Mediação e Conciliação, quanto nos Cartórios Extrajudiciais. Antes de discorrermos sobre a relevância da desjudicialização na área da saúde, convém trazer à lume sua conceituação, para sobrepor à judicialização das questões de vigilância sanitária.

Segundo Eber Zoehler Santa Helena, *“o termo desjudicialização diz respeito à propriedade de facultar às partes comporem seus conflitos fora da esfera judicial, desde que sejam juridicamente capazes e que tenham por objeto direitos disponíveis”*, porém com maior celeridade, economia e com a mesma segurança jurídica, eis que os acordos são chancelados pelo Estado, por meio da atuação dos cartórios extrajudiciais e/ou das Câmaras Privadas de Mediação e Conciliação.<sup>4</sup>

Em nossa sociedade, inúmeros são os exemplos a justificar esta prática, que vêm apresentando resultados positivos para a redução do acionamento do judiciário. Para tanto, houve uma ampliação dos serviços oferecidos pelos cartórios extrajudiciais, com evidente crescimento qualitativo na sua prestação, bem como a ampliação do número de Câmaras Privadas de Mediação e Conciliação, com atuação nas mais diversas áreas do conhecimento, no intuito de buscar soluções pacíficas, que impeçam o ajuizamento de demandas judiciais.

Essa ampliação é um investimento para que o Poder Judiciário possa exercer efetivamente o seu papel capital na composição das relações sociais, políticas, jurídicas, econômicas, dentre outras, suprimindo os anseios de justiça do cidadão brasileiro na via judicial.

Há um crescimento exacerbado de ações judiciais, que acaba por congestionar o Poder Judiciário, deixando os direitos de muitos cidadãos sem a devida efetivação, por múltiplas causas, quer nas esferas legislativa e executiva. Tal assertiva vem reproduzida por pesquisas a seguir mencionadas na situação que ora colacionamos: *“ao se lançar um olhar sobre a realidade nacional, constata-se que a judicialização da saúde não conseguiu dar uma resposta efetiva à sociedade”*. Esta constatação foi alcançada a partir da leitura dos relatórios produzidos pelo Observatório de Análise Política em Saúde (OAPS, 2017), que retrata o crescente aumento do número das ações judiciais e o descompasso com a efetivação do direito na prática.<sup>5</sup>

O acesso à justiça é um direito fundamental insculpido no artigo 5º, XXXV<sup>6</sup> de nossa Constituição Cidadã. Dessa maneira, cabe ao Estado, através do Poder Judiciário, promover os meios adequados para que todos os cidadãos possam resolver seus litígios e demais atos, que dependam da tutela jurisdicional, de forma eficiente em um tempo razoável, conforme se vislumbra pela leitura do artigo 5º, LXXIV<sup>7</sup> da mesma Carta Constitucional.

Existe, pois, um comando constitucional para concretizar um dos direitos mais prementes do ser humano, o acesso a justiça. Tal garantia é abalada com a eclosão excessiva de processos judiciais. O desenvolvimento humano em vários setores - econômico, social, político, religioso, entre outros - faz fomentar a competição, a concorrência, o individualismo, e que acaba por gerar uma sociedade conflituosa a clamar por uma solução, a qual o Estado, através de seus órgãos judiciais, não consegue operacionalizar de forma eficiente e dentro de um prazo razoável. Hoje, o dito popular *“a justiça tarda,*

---

4 HELENA, Eber Zoehler Santa (2006). “O fenômeno da desjudicialização” en Revista Jus Navigandi, año 11, Nro. 922. Tomado de: <https://jus.com.br/artigos/7818>. 29.07.2019.

5 MACHADO, Clara (2017). O princípio jurídico da fraternidade, Lumen Juris, Rio de Janeiro.

6 Art.5º XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

7 Art.5º LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

mas não falha” não é mais admissível, uma vez que a demora no desenrolar de uma demanda não satisfaz os ideais de eficiência da atividade jurisdicional, provocando descrédito e desprezo do cidadão comum pela justiça.

Neste contexto de crise do poder judiciário, faz-se necessária a implementação de políticas públicas com novos métodos de acesso à justiça, como meios alternativos para solução de conflitos, ou mesmo atos civis, gerados entre os cidadãos em suas mais diversas formas de relacionamento social. Entre estes novos métodos, que importam na geração do fenômeno da desjudicialização, cabe especial destaque às normativas editadas, a Resolução 125/2010 do CNJ, com posterior publicação da Lei 13.140/2015<sup>8</sup>, e mais recentemente o Provimento 67 de 26 de março de 2018, também pelo CNJ. São legislações que permitem a mediação e conciliação, e já despontam nos cartórios extrajudiciais em alguns estados da Federação e nas Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação, como uma maneira de implementar políticas públicas e fomentar a cultura da paz.

As medidas alternativas na resolução de conflitos na área da vigilância sanitária precisam ser efetivadas a fim de garantir um dos direitos mais prementes do cidadão insculpido na magna carta de 1988, o direito à saúde. É neste contexto que surge a desjudicialização, de acordo com as palavras da douta pesquisadora: *“necessário, portanto, avaliar se o fenômeno inverso, ou seja, o da desjudicialização seria uma alternativa viável à concretização do direito à saúde na medida em que propugna diálogos interinstitucionais, mediações administrativas e uma maior participação da sociedade nas tomadas de decisão”*.<sup>9</sup>

A perquirir este viés da desjudicialização da saúde, apresenta-se a **mediação sanitária**, a ser operacionalizada tanto nos cartórios extrajudiciais, quanto nas Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação, como uma resposta positiva a ser explorada em prol do cidadão, sobre a qual passamos a discorrer.

### III. Mediação sanitária

A mediação sanitária é um processo de colaboração para resolução ou manejo de conflitos, em que duas ou mais partes que se encontram em litígio são apoiadas por uma ou mais terceiras partes imparciais (mediadores), com o objetivo de as primeiras se comunicarem entre elas para chegarem à sua própria solução. Sem imposição de sentenças ou de laudos e com profissional devidamente formado, as partes são auxiliadas a acharem seus verdadeiros interesses e a preservá-los num acordo criativo em que as duas saiam vitoriosas.<sup>10</sup>

Os mediandos recorrem a um terceiro imparcial, o mediador, para estabelecer o vínculo entre eles, facilitar o diálogo, conduzir progressivamente o objeto da problemática, escolher as alternativas de solução, definir ou não a solução do conflito. Nesse sentido, tendo como premissa a humanização do processo de mediação, aponta Vasconcelos<sup>11</sup>

8 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. (2015) Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Diário Oficial [da] União, Brasília. Tomado de: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13140.htm). 04.07. 2019.

9 MACHADO, Clara & MARTINI, Sandra Regina (2018). “Desjudicialização da saúde, diálogos interinstitucionais e participação social: em busca de alternativas para o sistema” em REI - Revista Estudos Institucionais, v. 4, Nro. 2, pp. 774-796. Tomado de: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/190>. 24.08.2019. p. 780.

10 VEZZULA, Juan Carlos (2001). Mediação: guia para usuários e profissionais, IMAB, São Paulo.

11 VASCONCELOS, Carlos Eduardo (2017). Mediação de conflitos e práticas restaurativas, Forense, Rio de Janeiro, Método, São Paulo.



que o mediador colabora com os mediandos para que eles pratiquem uma comunicação construtiva, identifiquem seus interesses e necessidades comuns. Spengler<sup>12</sup> também sinaliza a importância do mediador para tornar as relações humanizadas no conflito. Segundo a autora, o mediador conduz as partes a chegar “em uma solução aceitável e estruturada de maneira que permita ser possível a continuidade das relações entre as pessoas envolvidas no conflito”.

Convocando outra ótica na concretização da justiça, a mediação é um resgate da sensibilidade, da experiência do ser humano no seu caráter plural. Nas palavras de Warat<sup>13</sup> “*é um processo que facilita, com a ajuda de um mediador, a interpretação*<sup>14</sup> *entre as partes, trabalhando segredos do que foi enunciado como pretensão, interpretando a história do conflito, para produzir uma diferença, por seu reconhecimento em uma inscrição simbólica com o outro*”.

A busca pelo consenso pode ser o ápice da mediação sanitária. A ideia de vencedor ou perdedor passa a ser substituída por uma decisão em que todos os envolvidos são ganhadores. Estudos, de forma eficaz, têm demonstrado que é possível em situações conflituosas chegar a um consenso. Na Teoria do Equilíbrio de Nash, teoria dos jogos não competitivos, são demonstradas situações em que um jogador não precisa derrotar o outro para sair vitorioso; muitas vezes um depende do outro para obter o melhor resultado<sup>15</sup>. Essa teoria é estudada, entre outros casos, a partir do clássico jogo cooperar e trair, dilema do prisioneiro<sup>16</sup>, que evidencia a dificuldade que se tem para manter a cooperação em situações de tensão. Nesse caso emblemático, é possível identificar que, mesmo em uma situação de muita pressão, há um caminho possível para a solução do conflito: mediação que não foca como se joga, e sim os mecanismos disponíveis para a análise sobre os conflitos de interesse.

A teoria dos jogos desvenda a dinâmica dos conflitos de interesse, verificando as tendências entre os jogadores de maximizar o ganho individual e substituindo-o por um agir altruísta. Os interesses deixam, assim, de ser conflitantes porque é vantajoso para todos colaborar. Neste sentido, o modelo teórico proposto por Nash prioriza o caráter cooperativo em uma dinâmica conflituosa por meio de uma tática altruísta, pois objetiva a reciprocidade de estratégias em prol do melhor resultado para ambos os jogadores. Na medida em que a mediação busca o tratamento do conflito com vistas à satisfação por parte de todos os envolvidos, perceber o equilíbrio de Nash pode significar o ponto chave para se chegar ao consenso.

A teoria do equilíbrio de Nash contribuiu significativamente na garantia dos pressupostos da mediação, na medida em que, para reestabelecer o diálogo em um conflito, basear decisões na decisão do outro é um método de cooperação para que no

---

12 SPENGLER, Fabiana Marion (2016). Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos, Unijuí, Ijuí, p. 179.

13 WARAT, Luis Alberto (2004). Surfando na pororoca: ofício do mediador, Fundação, Boiteux, Florianópolis, p. 64.

14 Interpretar aqui pretende fazer referência à produção conjunta de uma diferença longe de qualquer tentativa de dominação. WARAT, Luis Alberto (2004): Op. Cit., p.64.

15 D'ANTONIO, Suzete Souza (2016). “Mediação Sanitária: diálogo e consenso possível” em Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, v. 5, nro. 2, pp. 8-22. Tomado de: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/255>. 31.07.2019.

16 Dilema do prisioneiro. É um jogo que representa bem o dilema entre cooperar e trair. Dois suspeitos, A e B, são presos pela polícia. A polícia não tem provas suficientes para condená-los, então separa os prisioneiros em salas diferentes e oferece a ambos o mesmo acordo: a) Se um dos prisioneiros confessar (trair o outro) e o outro permanecer em silêncio, o que confessou sai livre enquanto o cúmplice silencioso cumpre 10 anos. b) Se ambos ficarem em silêncio (colaborarem um com o outro), a polícia só pode condená-los a um ano cada um. c) Se ambos confessarem (traírem o comparsa), cada um leva cinco anos de cadeia. D'ANTONIO, Suzete Souza (2016): Op. Cit., p.10.



final o resultado do conflito seja satisfatório.

Na teoria dos jogos, assim como na mediação, a identificação dos processos construtivos do litígio pressupõe a observação dos fatos sob diversas lentes: “[...] primeiro, são usadas as lentes para examinar a situação imediata; em seguida, outras lentes são utilizadas para ver o passado dos problemas imediatos e os padrões das relações que demarcam o conflito (avaliação aprofundada da situação vivida); e, por último, é utilizada a lente para encontrar um marco de convergência com o qual se possa criar uma base de atuação para que os indivíduos envolvidos possam discutir o conteúdo, o contexto e as estruturas das relações de forma cooperativa - aqui eles começam a buscar respostas ou soluções criativas”<sup>17</sup>.

Todavia, os aspectos que se referem ao paradigma posto em questão ainda não se impõem. Grande parte dos conflitos são entendidos e tratados de forma diferente pelo Poder Judiciário, valorizando a imperatividade das decisões do Estado-juiz. Nesse sentido, o juiz Alexandre Rosa ao prefaciar o livro de Warat<sup>18</sup> alerta que o conflito “no modelo estatal é manifestado pelo litígio, forma legalmente convencionalizada, segundo a qual o Estado-juiz aponta a decisão correta: a lei no caso particular. Entretanto com essa visão, o conflito é desqualificado e varrido para debaixo desse remédio-simulacro chamado processo’. ‘Os protagonistas são os advogados, juizes, promotores que contentam-se com a resolução na forma da lei sem qualquer ponte para o futuro”.

Em tal percepção, em que a solução para o conflito é sentenciada por um terceiro, os conflitos não são dirimidos porque a forma de resolução escolhida não permite a coexistência de interesses.

Indaga Warat<sup>19</sup>: “resolveu o conflito? Será que realmente as funções manifestas são prometidas? As funções prometidas são maquiadas pelo litígio e resolvidas(!?) sem que as partes entendam nada”.

Os questionamentos de Warat evidenciam a necessidade de se buscar por uma justiça social para o tratamento de conflitos, entendendo-os como uma oportunidade para o crescimento e a maturação das relações, e tratando interesses das partes envolvidas de forma dialógica, pacífica e consensual.

Ainda considera Spengler<sup>20</sup> que “a mediação difere das práticas tradicionais de jurisdição justamente porque o seu local de trabalho é a sociedade, sendo a sua base de operações o pluralismo de valores, a presença de sistemas de vida diversos e alternativos; sua finalidade consiste em reabrir os canais de comunicação interrompidos e reconstruir laços sociais destruídos”.

As autoras trazem como importante desafio da mediação “aceitar a diferença e a diversidade, o dissenso e a desordem por eles gerados”. Além disso, consideram que “a principal ambição não consiste em propor novos valores, mas em restabelecer a

---

17 ANDRADE, Adriana Maria Amado da Costa de. (2014) A perspectiva sociológica da resolução de conflitos no estudo do comportamento frente às instituições. Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, p.63.

18 WARAT, Luis Alberto (2004): Op. Cit., p. 11-12.

19 WARAT, Luis Alberto (2004): Op. Cit., p. 12.

20 LUCAS, Douglas Cesar & SPENGLER, Fabiana Marion (2011). Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais, Unijui, Ijuí, Brasil. p. 174.

comunicação entre aqueles que cada um traz consigo”<sup>21</sup>.

Importa também saber como na mediação se concretizam as diferentes esferas do Direito, a complexidade e os aspectos subjetivos dos relacionamentos – menos hierarquizados e mais horizontalizados – envolvidos nos conflitos mediados.

#### **IV. O conflito, cerne do procedimento de mediação sanitária**

Vimos que a mediação é um meio de resolução de conflitos alternativo ao processo judicial tradicional. O instituto da mediação sanitária abarca diferentes espécies de conflitos na área da saúde – responde a conflitos como aqueles ocorridos entre médicos/paciente, o SUS e seus usuários, em matéria de plano de saúde, entre a seguradora e o segurado ou beneficiário, conflitos por defeito na prestação do serviço de saúde.

O conceito de mediação sanitária recobre, portanto, contextos diferentes, lidando com conflitos interpessoais, sociais, entre outros. Para compreender realidades distintas entre si, o conceito de mediação deve ser flexível em seus sentidos e o mediador deve analisar o conflito em sua complexidade – tanto do ponto de vista daqueles que usufruem da saúde quanto daqueles que são responsáveis em garanti-la.

Nesse procedimento o mediador deve compreender as especificidades do conflito em que envolvam mediações sanitárias e os mediados devem buscar a estabilização, valorização e igualdade. Sob essa perspectiva, as mediações são as conexões que se estabelecem entre as motivações, reações e reconfigurações da realidade. Segundo Chrispino<sup>22</sup> o conflito pode ser analisado como: *“Porém, o mito de que o conflito é ruim está ruindo. O conflito começa a ser visto como uma manifestação mais natural e, por conseguinte, necessária às relações entre pessoas, grupos sociais, organismos políticos e Estados. O conflito é inevitável e não se devem suprimir seus motivos, até porque ele possui inúmeras vantagens dificilmente percebidas por aqueles que vêem nele algo a ser evitado: • Ajuda a regular as relações sociais; • ensina a ver o mundo pela perspectiva do outro; • permite o reconhecimento das diferenças, que não são ameaça, mas resultado natural de uma situação em que há recursos escassos, • ajuda a definir as identidades das partes que defendem suas posições; • permite perceber que o outro possui uma percepção diferente; • racionaliza as estratégias de competência e de cooperação; • ensina que a controvérsia é uma oportunidade de crescimento e de amadurecimento social”*.

Esse modelo de reflexão pode ser referência na análise dos conflitos sanitários: valoriza o conflito como fonte de ideias novas, leva a discussões até então não trazidas à luz do Direito Sanitário, permite a exploração de diferentes pontos de vista, interesses e valores recorrentes na área da saúde.

Com base nessas colocações, o conflito pode agir de maneira construtiva, estimulando o potencial inovador das pessoas. Na mesma linha de pensamento, Marcato e Tartuce<sup>23</sup> analisam os conflitos *“a partir de uma nova visão dos conflitos e de si mesmos, as pessoas poderão lidar melhor com seu panorama passado (resolvendo conflitos já existentes) e*

21 LUCAS, Douglas Cesar & SPENGLER, Fabiana Marion (2011): Op. Cit., p. 174.

22 CHRISPINO, Álvaro. (2007). “Gestão de conflito escolar: da classificação dos conflitos os modelos de mediação” em Ensaio: aval. Pol. Púb. Educ., v. 15, nro. 54, pp. 11-28. Tomado de: <http://www.scielo.br/pdf/ensaio/v15n54/a02v1554.pdf>. 31.07/2019.

23 MARCATO, Ana Cândida Menezes & TARTUCE, Fernanda (2018). “Mediação no direito empresarial: possibilidades interessantes em conflitos securitários” em Revista de Processo, v. 279, pp. 513-527. Tomado de: <http://www.fernandataruce.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Media%C3%A7%C3%A3o-dir-empresarial-conflitos-securitarios-Ana-Marcato-e-Fernanda-Tartuce.pdf>. 31.07.2019. p. 4.

*com suas perspectivas futuras (prevenindo a ocorrência de futuras querelas mediante uma abordagem mais consciente e reflexiva)".*

Na mediação sanitária, o conflito merece ser analisado de maneira que possa contribuir para que *"os indivíduos resgatem sua própria dignidade e assumam a responsabilidade pessoal"*<sup>24</sup>. Moore<sup>25</sup>, ao classificar o conflito, indica as suas causas, permitindo que possa ser visto como oportunidade de transformação e crescimento a partir de uma visão mais completa e abrangente das relações entre os envolvidos.

Moore<sup>26</sup> classifica os conflitos em estruturais, de valor, de relacionamento, de interesse e quanto aos dados. A partir dessa classificação, o mediador pode pensar o conflito em resposta a duas perguntas: o que o conflito muda? Que tipo de mudanças os mediandos buscam? Na primeira pergunta, busca-se reconhecer os padrões comuns e impactos do conflito social; na segunda, busca-se reconhecer a necessidade de identificar como nossos valores e intenções podem ser tão ativos para responder, intervir e criar mudanças. São dessas mudanças, diálogos cada vez mais profundos que provém a construção da paz necessária.

Em sua complexidade, a mediação sanitária também eleva o acolhimento da diversidade, encoraja relações baseadas na solidariedade, desconstrói e reconstrói relações polarizadas, buscando captar pontos que ligam as diferentes realidades subjacentes ao conflito entre as partes.

Redorta<sup>27</sup> considerou que a tipologia de conflito é de tal importância, que ele dedicou toda uma obra a essa tarefa. É possível sintetizar a categorização dos tipos de conflito em de recursos escassos, de poder, de autoestima, de valores, de estrutura, de identidade, de norma, de expectativas, de inadaptação, de informação, de interesses, de atribuição, de relações pessoais, de inibição, de legitimação.<sup>28</sup>

Com base na análise do conflito, é possível o restabelecimento do diálogo e das diretrizes para uma comunicação. Somente a partir do diálogo será possível que a vontade de cada pessoa integre a solução alcançada, proporcionando a formação de um consenso não só quanto aos termos do acordo, mas quanto à sua concretização,

24 MARCATO, Ana Cândida Menezes & TARTUCE, Fernanda (2018): Op. Cit., p. 4.

25 MOORE, C. W. (1998). O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos, ARTMED, Porto Alegre.

26 Estruturais - Padrões destrutivos de comportamento ou interação; controle, posse ou distribuição desigual de recursos; poder e autoridade desiguais; fatores geográficos, físicos ou ambientais que impeçam a cooperação; pressões de tempo. De Valor - Critérios diferentes para avaliar ideias ou comportamentos; objetivos exclusivos intrinsecamente valiosos; modos de vida, ideologia ou religião diferente. De Relacionamento - Emoções fortes; percepções equivocadas ou estereótipos; comunicação inadequada ou deficiente; comportamento negativo - repetitivo. De Interesse - Competição percebida ou real sobre interesses fundamentais (conteúdo); interesses quanto a procedimentos; interesses psicológicos. Quanto aos Dados - Falta de informação; informação errada; pontos de vista diferentes sobre o que é importante; interpretações diferentes dos dados; procedimentos de avaliação diferentes. MOORE, C. W. (1998): Op. Cit., p. 62.

27 De recursos escassos - disputamos por algo que não existe suficientemente para todos; De poder - Disputamos porque algum de nós quer mandar, dirigir ou controlar o outro. De autoestima - Disputamos porque meu orgulho pessoal se sente ferido. De valores - Disputamos porque meus valores ou crenças fundamentais estão em jogo. De estrutura - Disputamos por um problema cuja solução requer longo prazo, esforços importantes de muitos, e meios estão além de minha possibilidade pessoal. De identidade - Disputamos porque o problema afeta minha maneira íntima de ser o que sou. De norma - Disputamos porque meus valores ou crenças fundamentais estão em jogo. De expectativas - Disputamos porque não se cumpriu ou se fraudou o que um esperava do outro. De expectativas - Disputamos porque não se cumpriu ou se fraudou o que um esperava do outro. De inadaptação - Disputamos porque modificar as coisas produz uma tensão que não desejo. De informação - Disputamos por algo que se disse ou não se disse ou que se entendeu de forma errada. De interesses - Disputamos porque meus interesses ou desejos são contrários aos do outro. De atribuição - Disputamos porque o outro não assume a sua culpa ou responsabilidade em determinada situação. De relações pessoais - Disputamos porque habitualmente não nos entendemos como pessoas. De inibição - Disputamos porque claramente a solução do problema depende do outro. De legitimação - Disputamos porque o outro não está de alguma maneira autorizado a atuar como o faz, ou tem feito ou pretende fazer.

28 REDORTA, J. (2004) Cómo analizar los conflictos: la tipologia de conflictos como herramienta de mediación, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona.

assim ensejando o cumprimento espontâneo do ajuste. O dissenso passa a ser visto como uma oportunidade de transformação e crescimento, porque contempla uma visão mais completa e abrangente das relações entre os envolvidos.

Em regra, as partes não estão conscientes da existência ou do potencial que o conflito exerce sobre elas; cabe, desse modo, aos mediadores identificar na disputa os posicionamentos segundo as necessidades requeridas, a intensidade das emoções, os interesses das partes envolvidas. O ponto chave é fazer com que as partes percebam necessidades ocultas de identidade, segurança e pertencimento, e possam usá-las para redefinir suas posições, atingindo de fato seus reais interesses. Esse mapeamento representa o desafio de como terminar algo não desejado e como construir algo que é desejado.

Neste objetivo é preciso reconhecer que a vida é o maior bem do ser humano, e que conflitos na área da saúde lidam com problemáticas que extrapolam uma lógica meramente jurídico. Isso não significa resolver qualquer conflito ou parte de um conflito específico que possa impactar na promoção da saúde, mas transformar a forma como as pessoas lidam com seus conflitos - ou seja, como podem se aproximar e lidar com eles de uma forma mais ampla e positiva -, e como a sociedade se enriquece com essa transformação: cada uma das partes pertence a uma corrente que estabelece o todo a partir desse entendimento. Dessa vinculação depende o movimento da vida que se quer equilibrada, assume-se a compreensão da saúde como direito fundamental.

## **V. Considerações finais**

Diante da eclosão da litigiosidade na área da saúde, a desjudicialização tornou-se uma realidade no Brasil, devido à edição de leis que favorecem a composição amigável de situações sociais por meio dos serviços extrajudiciais. A desjudicialização acaba, desta forma, propiciando um alívio para o Poder Judiciário bem como assegurando ao cidadão o direito à saúde.

A desjudicialização transcende a natureza de mera política judicial, pois promove mudanças para a criação de meios autônomos de solução de conflitos de interesse, que asseguram não só a desburocratização, a efetividade, a celeridade e a segurança jurídica, como também a pacificação social e, acima de tudo, a boa fé.

Como possibilidade de desjudicialização, o presente artigo analisou a mediação com especial enfoque no conflito sanitário, porque tem força e habilidade socialmente destrutivas e aparentemente indiscutíveis. Não basta eliminar o conflito, nos ensina Warat, nas palavras do autor, eles nunca desaparecem; é preciso que se transformem intervindo sobre os sentimentos das pessoas, e não apenas sobre os conflitos. Daí a recomendação de transformação da pessoa, na presença de um conflito pessoal, pois é no interior de cada indivíduo que se encontram os conflitos.

O conflito também foi analisado na perspectiva da Teoria de Nash; ficou demonstrado que o conflito poderá ser resolvido com maior facilidade, no momento em que as partes se conscientizam de que a cooperação é mais vantajosa para ambos, é nesse viés que se mostrou a importância da mediação para o benefício dos envolvidos.

O processo judicial leva à guerra, não à paz; assim, acaba por perpetuar o conflito e

todos os sentimentos de angústias, rancores, dores e mágoas, que desconstroem o ser humano se visualizado numa perspectiva emocional saudável, podendo inclusive, em alguns casos, levá-lo à morte. E, o que é pior, sem a satisfação do direito que foi buscar em favor da vida.

Portanto, a adoção de meios alternativos, mediante a desjudicialização com a resolução de conflitos, está associada a processos e movimentos em que os próprios envolvidos são os protagonistas da composição. Somente a esses, cabe o direito de escolher a solução que mais lhes convém como ser humano.

---

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Adriana Maria Amado da Costa de. (2014) A perspectiva sociológica da resolução de conflitos no estudo do comportamento frente às instituições. Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. (2015) Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Diário Oficial [da] União, Brasília. Tomado de: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm). 04.07. 2019.
- Chrispino, Álvaro. (2007). "Gestão de conflito escolar: da classificação dos conflitos os modelos de mediação" em Ensaio: aval. Pol. Púb. Educ., v. 15, nro. 54, pp. 11-28. Tomado de: <http://www.scielo.br/pdf/ensaio/v15n54/a02v1554.pdf>. 31.07/2019.
- D'ANTONIO, Suzete Souza (2016). "Mediação Sanitária: diálogo e consenso possível" em Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, v. 5, nro. 2, pp. 8-22. Tomado de: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/255>. 31.07.2019.
- HELENA, Eber Zoehler Santa (2006). "O fenômeno da desjudicialização" em Revista Jus Navigandi, año 11, Nro. 922. Tomado de: <https://jus.com.br/artigos/7818>. 29.07.2019.
- LUCAS, Doglas Cesar & SPENGLER, Fabiana Marion (2011). Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais, Unijuí, Ijuí, Brasil.
- MACHADO, Clara (2017). O princípio jurídico da fraternidade, Lumen Juris, Rio de Janeiro.
- MACHADO, Clara & MARTINI, Sandra Regina (2018). "Desjudicialização da saúde, diálogos interinstitucionais e participação social: em busca de alternativas para o sistema" em REI - Revista Estudos Institucionais, v. 4, Nro. 2, pp. 774-796. Tomado de: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/190>. 24.08.2019.
- MARCATO, Ana Cândida Menezes & TARTUCE, Fernanda (2018). "Mediação no direito empresarial: possibilidades interessantes em conflitos securitários" em Revista de Processo, v. 279, pp. 513-527. Tomado de: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Media%C3%A7%C3%A3o-dir-empresarial-conflitos-securitarios-Ana-Marcato-e-Fernanda-Tartuce.pdf>. 31.07.2019.
- MOORE, C. W. (1998). O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos, ARTMED, Porto Alegre.
- REDORTA, J. (2004) Cómo analizar los conflictos: la tipología de conflictos como herramienta de mediación, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona.
- SPENGLER, Fabiana Marion (2016). Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no

tratamento de conflitos, Unijuí, Ijuí.

- VASCONCELOS, Carlos Eduardo (2017). Mediação de conflitos e práticas restaurativas, Forense, Rio de Janeiro, Método, São Paulo.
- VEZZULA, Juan Carlos (2001). Mediação: guia para usuários e profissionais, IMAB, São Paulo.
- WARAT, Luis Alberto (2004). Surfando na pororoca: ofício do mediador, Fundação Boiteux, Florianópolis.

# ATENDIMENTO A GESTANTE IMIGRANTE E REFUGIADA EM MATERNIDADE NA CIDADE DE SÃO PAULO

## IMMIGRANT CARE AND REFUGEE MATERNITY MANAGING IN SÃO PAULO

**Angélica Cristina Rodrigues<sup>1</sup> José Carlos Lopes da Silva Junior<sup>2</sup> Patrícia Cristina Vasquez de Souza Gorisch<sup>3</sup>**

**DOI:** [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2020\)07](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)07)

### RESUMO:

Em 2018, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR, 2019) informou deslocamento forçado de 70,8 milhões de pessoas, motivados por guerras, perseguições e conflitos, representado o dobro de deslocados em comparação a 20 anos. Mulheres são consideradas população vulnerável nesses deslocamentos e, quando gestantes, os medos e desafios são maiores. A Região Sudeste, entre 2011 e 2018 recebeu 55.1% dos imigrantes, sendo 41.5% no Estado de São Paulo (Cavalcanti, 2019), e segundo dados da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania, o estado tem o maior número de solicitantes de refúgio. Este artigo objetiva avaliar estratégias de atendimento as mulheres gestantes imigrantes na cidade de São Paulo, melhorias no acolhimento, atendimento e encaminhamento de demandas visando a garantia de direitos de acesso a serviços de saúde conforme Constituição Federal; conflitos e desrespeito em relação legislação trabalhista também serão abordados.

### ABSTRACT

In 2018, the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR, 2019) reported forced displacement of 70.8 million people, motivated by war, persecution and conflict, representing twice as many displaced persons as compared to 20 years. Women are considered vulnerable population in these displacements and, when pregnant, the fears and challenges are bigger. Between 2011 and 2018, the Southeast Brazil, received 55.1% of immigrants, 41.5% in the State of São Paulo (Cavalcanti, 2019), and according to data from Secretary State of Justice, the state has the largest number of refuge applicants. This article aims to evaluate strategies of pregnant care immigrants in the city of São Paulo, improvements in reception, attendance and referral of demands aiming at guaranteeing rights to access to health services according

1 Professora Produtividade CNPq, Pós Doutora em Direito pela Università de Roma Tre, Pós Doutora em Política Públicas pela Università do Salento. Professora e Coordenadora do Mestrado em Direitos Humanos da UniRitter e Professora Visitante no PPGDIR/UFRGS. Email: srmartini@terra.com.br. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5437-648X>.

2 Mestranda em Direitos Humanos da UniRitter – Laureate Internacional Universities. Bolsista CAPES. Especialização em Direito Público. Fundação Escola Superior do Ministério Público - RS, FESMP/RS, Brasil. E-mail: anamichelon@hotmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9825-9322>.

3 Mestranda em Direitos Humanos da UniRitter – Laureate Internacional Universities. Especialização em Direito Notarial e Registral. Universidade de Passo Fundo – RS UPF/RS, Brasil. MBA Gestão em Serviços Notariais e Registrais FGV Porto Alegre/RS, Brasil. E-mail: joana.malheiros@hotmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1736-6338>.

to the Federal Constitution; conflicts and disrespect regarding labor legislation will also be addressed.

PALAVRAS-CHAVE: Refugiados; Imigrantes; Sistema Único de Saúde; Gestantes.

---

KEY WORDS: Refugees; Immigrants; Unified Health System; Pregnant women

## I. Introdução

O Brasil, na qualidade de país multicultural é conhecido como país tipicamente acolhedor, aliás, o é desde o século XV quando se inicia o movimento migratório com Duarte Pacheco Pereira, mesmo que não reconhecida à época a condição de acolhimento (LEMOS, 2016).

De 1498 até os dias atuais é cediço afirmar que houve intenso fluxo migratório e por vezes, até a questão do acolhimento foi posto em voga.

A atual conjuntura globalizada intensificou o fluxo de pessoas, o que pode ser observado por questões humanitárias, econômicas, sociais, sobretudo, para manutenção do núcleo familiar, a fim de proteger seus entes das situações de necessidade.

Conceituar imigrantes, refugiados se faz necessário e, segundo a ACNUR (ACNUR, 2019): Refugiados são pessoas que estão fora de seus países de origem por fundados temores de perseguição, conflitos, violência ou outras circunstâncias que perturbam seriamente a ordem pública e que necessitam de proteção internacional.

Já Imigrantes são pessoas que se deslocam em busca de melhores condições de vida, melhores condições de acesso a trabalho, educação ou outras condições. Também podem haver processos imigratórios após desastres naturais, pela fome ou extrema pobreza.

Dados do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados revelam que 70,8 milhões de pessoas foram consideradas deslocados em 2018, revelando que a cada minuto, 25 pessoas eram forçadas a fugir. A figura 1 demonstra a evolução deste movimento. Entre 2012 e 2015 houve maior deslocamento devido os conflitos na Síria, sendo que no último ano, o incremento se deu pelas crises da República Bolivariana da Venezuela e os deslocamentos internos na Etiópia.

A partir da premissa retro citada, depreende-se o estabelecimento de fluxo migratório de mulheres para a cidade de São Paulo, de origem predominante sul-americana, o que é o recorte de estudo.

O trabalho que se segue tem por objetivo, de forma sintética, entender o movimento cultural por toda essa sociedade de mulheres. Além disso, entender como funciona o mecanismo de atendimento a mulheres gestantes imigrantes ou refugiadas, dentro do Sistema Único de Saúde (SUS) na cidade de São Paulo.



Através de pesquisa em bases de dados de artigos científicos, em sites oficiais do Governo Brasileiro e de agências internacionais como ACNUR, foi realizada coleta de dados por documentação direta e indireta desenvolvendo uma abordagem dialética ao longo do texto.

**Figura 1: Tendência de deslocamentos forçados**



Fonte: *Global Trends Forced Displacement in 2018*

Para tanto, em um primeiro momento será elencada a problemática relacionada às questões trabalhistas comuns a toda sociedade de mulheres gestantes, ou seja, aplicação das regras trabalhistas a estas mulheres a fim de se constatar a existência de variáveis acerca da manutenção desse fluxo.

A pretensão ainda tem como escopo apresentar de forma sintética, os acontecimentos do cotidiano entre culturas diferentes, ou seja, como ocorrem os atendimentos no Sistema Único de Saúde. Por fim, serão realizadas breves considerações sobre a adaptação dos profissionais a atenção a saúde das mulheres migrantes.

## II. Delimitação da abordagem

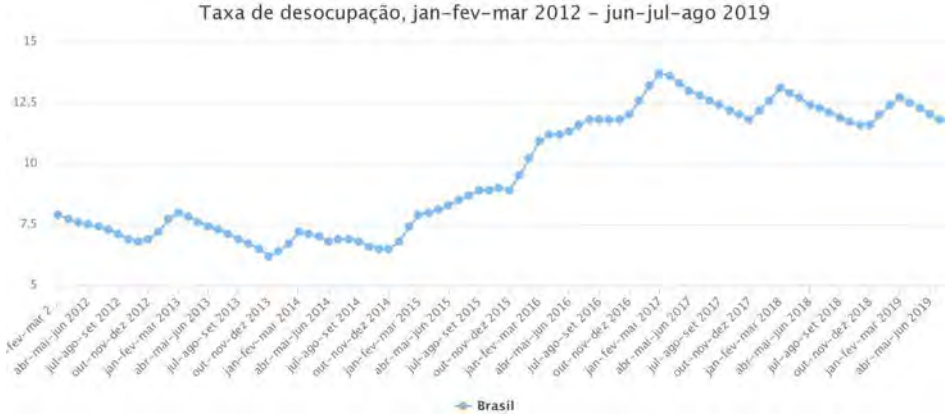
Entre 2010 e 2018 segundo dados registrados na Polícia Federal foram registrados 774.2 mil imigrantes no Brasil, sendo 395.1 mil de longo termo, ou seja, aqueles que permanecem no país por período superior a um ano (Min. da Justiça, 2019).

Um breve esclarecimento se faz necessário a fim de indicar ao leitor que observamos como diretrizes no processo de acolhimento a Lei 9.474/97, Portaria Interministerial 09/2018 que sucedeu a Resolução Normativa Conselho Nacional de Imigração (CNig) 126/2017 (Min. Público Federal, 2017), onde para fins de incursão de dados os imigrantes cadastrados e regulares constam como REGISTRO ATIVO e aqueles que possuem a condição de irregular constam como REGISTRO INATIVO (Polícia Federal, 2019).

As três principais nacionalidades de imigrantes, foram respectivamente Haitianos, Bolivianos e Venezuelanos. A partir do ano de 2017 depreende-se uma mudança dessa movimentação, passando os Venezuelanos a 39%, seguido dos Haitianos com 14,7%, Colombianos com 7,7% e Bolivianos na quarta posição com 6,8%, segundo dados do OBMigra (2019).

Cabe ressaltar que o perfil de imigração é ainda hoje predominantemente masculino, contudo, existe movimento migratório feminino acentuado a partir de 2016.

**Figura 2: Série histórica - Taxa de desocupação no Brasil**

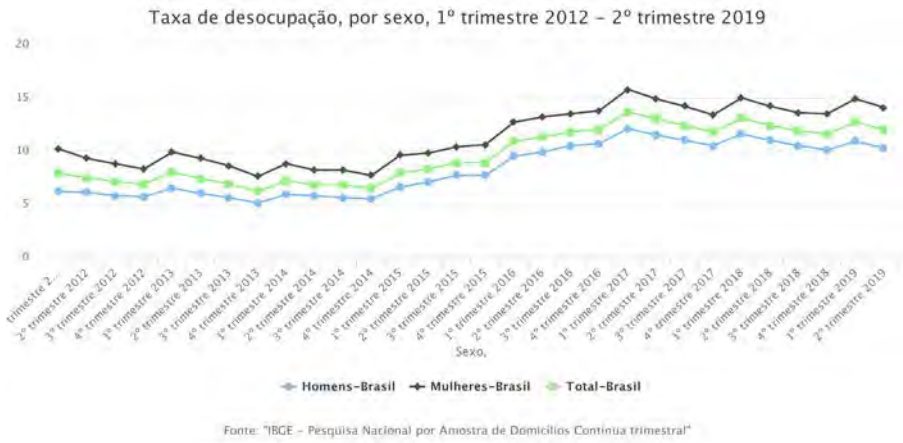


Fonte: IBGE - Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Mensal

Curioso destacar que as mulheres ganharam força no mercado de trabalho com emissão de Carteiras de Trabalho e Emprego a partir de 2016, momento em que assola a economia brasileira grave crise econômica que redundou em uma das maiores taxas de desemprego, segundo dados do IBGE, conforme demonstrado na figura 2.

Embora as mulheres tenham ganho mais espaço no mercado de trabalho, a taxa de desocupação entre as mulheres está acima da média nacional, aqui demonstrado na Fig 3.

**Figura 3: Série histórica - Taxa de desocupação por sexo**



Fonte: IBGE - Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Trimestral

Fonte: IBGE - Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Trimestral

Segundo dados do OBMigra existe curva com tendência de inversão na emissão de Carterias de Trabalho e Previdência Social, reforçando a acentuação da contratação da mulheres no mercado de trabalho formal, indagando-se por qual motivo o homem

é preterido na contratação se o fluxo de imigrantes é predominantemente masculino (Cavalcanti, 2018).

### **III. Princípio de Atenção à Saúde no SUS - Sistema Único de Saúde**

Abaixo será analisada a condição da mulher imigrante na condição de gestante sendo atendida pelo Sistema Único de Saúde na cidade de São Paulo.

#### **1. Sistema Único de Saúde**

Os artigos 196 a 200 da Constituição Federal (CF) indicam a condição de saúde como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (CF, 1988), não havendo distinção entre pessoas de países diferentes, em razão da universalidade de atendimento do sistema de saúde.

Da mesma forma preceitua-se que esse direito, de cunho social, está garantido através de políticas sociais e econômicas que visem à redução de doença e da melhoria da promoção, proteção e recuperação da saúde.

É correto destacar que a condição de saúde no Brasil está atrelada a confecção da Declaração de Alma – Ata para os cuidados primários em saúde assim como os estudos percussores realizados pelo Canadá através de missões de trabalhadores que se originaram na China em meados da década de 1960.

Da mesma forma, é correto afirmar que a saúde é recurso de cunho social, econômico e a equidade de sua condição é fator determinante para o avanço da sociedade.

Pois bem, com a Promulgação da Carta Cidadã em 1988, a mesma passou a prever em seu artigo 196 a obrigatoriedade do Estado em prover mediante políticas sociais e econômicas a redução do risco de doenças assim como facilitação do acesso igualitário às ações que visem promoção, proteção e recuperação (CF, 1988).

No mesmo sentido, a disposição do artigo 198 da Constituição Federal do Brasil atribui ações e serviços públicos de saúde de forma organizada e hierarquizada constituindo um único sistema para atendimento descentralizado, integral e com participação da comunidade.

Comunga a previsão do artigo 6º da Constituição Federal quando prevê que o atendimento aos desamparados como um direito social (CF, 1988).

Portanto, depreende-se que a partir da leitura juspositivista de forma conjunta que a saúde é tida como direito fundamental extensível aos desamparados, não havendo quaisquer distinções entre pessoas.

A questão sociológica da mesma forma foi ampliada a partir do reconhecimento sobre identidade e necessidade da aplicação dos princípios do SUS que versam sobre a universalidade, integralidade, equidade para a saúde dos imigrantes. O ponto comum encontra-se no ideal de igualdade em que as políticas universalistas estão agrupadas (TAYLOR, 1992) e que, portanto, possuem os mesmos direitos e devem ser tratados da mesma forma pelo Estado.

## **2. Trabalhadora com vínculo empregatício e afastamento previdenciário por licença maternidade**

Assim como existe a condição universal de atendimento à saúde, a Constituição Federal Brasileira prevê a proteção constitucional da gestante e do nascituro, por consequência nos termos do artigo 10, inciso II, alínea "b" do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e que se harmoniza com os princípios que velam pela dignidade da pessoa e do valor do trabalho humano nos termos do artigo 1º, incisos III e IV e dos direitos fundamentais insculpidos no artigo 7º da Constituição Federal, que prevê no seu caput a melhoria da condição social do trabalhador (CF, 1988).

Sendo assim, o direito da gestante a licença e posteriormente à estabilidade provisória é certo e, portanto, não há como transacionar esse direito, sendo de ordem pública.

A inobservância desse preceito constitucional conduz o empregador ao pagamento de indenização do período correspondente sem prejuízo de outras verbas apuradas em decorrência de demais direitos obtidos pela categoria profissional dessas trabalhadoras. A par disso depreende-se que muitos empregadores deixam as mulheres em condição de marginalidade contratual trabalhista, ceifando direitos que veremos durante o recorte do artigo.

## **3. Trabalhadora sem vínculo empregatício**

Entretanto, contrariamente as garantias concedidas a trabalhadora que possui vínculo empregatício, a inexistência desse instrumento de proteção social deixa a trabalhadora gestante a margem da sociedade e sem a possibilidade de fruição de direitos trabalhistas como um patamar mínimo necessário para sua subsistência e do nascituro.

Neste sentido, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) previu desde a sua criação em 1919 o resguardo a saúde da mãe e do seu filho assim como a discriminação baseada na condição da maternidade, adotando três Convenções sobre o tema, respectivamente nº 3 de 1919, ratificada no Brasil em 1934, nº 103 (1952) e nº 183 (2000). Convém ressaltar, entretanto, que a Convenção 183 relativa a proteção da maternidade não foi ratificada pelo Brasil.

Os efeitos da presente Convenção visam sua aplicação a qualquer mulher, de forma indiscriminada. Seu artigo 3º prevê a obrigação das garantias necessárias para que a mulher possa dispor de período de amamentação assim como o artigo 5º e 6º dispõem de meridiana clareza acerca da base de prestação médica em caso de enfermidade e gozo de benefício previdenciário. Entretanto, é necessário relembrar que se não existe o reconhecimento de vínculo empregatício, não há que se falar em direitos oriundos, nem mesmo com base na legislação da OIT.

É certo afirmar ainda que o óbice ao direito a receber parcelas pecuniárias no período em que se encontra em afastamento previdenciário, no caso de licença maternidade, é situação que ainda hoje afasta a mulher da obtenção do registro em Carteira de Trabalho e Previdência Social.

Ultrapassada a análise da condição da modalidade de prestação de serviços em razão de seus direitos trabalhistas e da condição de gestante, o presente trabalho remete

o leitor ao tema central acerca da melhoria da condição das gestantes nos hospitais públicos de administração direta pertencente ao Governo do Estado de São Paulo e subsumido ao Sistema Único de Saúde, de esfera Federal, de modo que pode ser provocado em outro instante a continuidade do presente artigo a fim de apontar ao longo do tempo e do espaço o avanço das melhorias assim como a extensão de sua aplicação.

A questão sociológica como dito anteriormente foi ampliada a partir do reconhecimento sobre identidade e necessidade da aplicação dos princípios do SUS universalidade, integralidade, equidade para a saúde dos imigrantes, o que, da mesma forma, pode ser tema abordado em estudo futuro.

#### **IV. Abordagem de saúde e tratamentos oferecidos pelo SUS as gestantes imigrantes**

Incontroverso a universalidade do sistema único de saúde remanesceu a explanação sobre a extensão do tratamento oferecido pelo sistema público, mormente as gestantes imigrantes.

Em que pese a condição de se tornar ao longo dos anos um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo segundo informações do sítio da internet do governo federal isto não o torna obsoleto tampouco ineficiente (Min da Saúde).

Depreende-se que não somente consultas médicas assim, como a realização de partos são realizados pelo SUS mas, a extensão do tratamento também prevê o fornecimento de medicamentos, a fim de preservar o bem estar biopsicosocial em atenção ao que preconiza a Organização Mundial de Saúde (OMS, 2006).

Não há como desconsiderar as necessidades e capacidade dos sujeitos, as prioridades políticas na melhoria da qualidade de vida da população mais pobre e em situação de vulnerabilidade, se essa condição não for eficaz para a população tida como invisível.

##### **1. Tratamento da população invisível no SUS**

Questão relevante e de suma importância, é a da invisibilidade e vulnerabilidade, em razão da cultura odiosa.

Os imigrantes regularizados na forma deste Acordo de La Paz em 2005 estão sujeitos às mesmas obrigações de natureza laboral em vigor para os trabalhadores nacionais do Estado receptor e da mesma proteção no que se refere à aplicação das leis relativas à higiene e à segurança do trabalho (Sec Geral Relac Ext, 2005).

A epistemologia do senso comum refere a existência de barreira linguística, criando óbice no início da massificação da migração, pois, muitas mulheres eram provenientes por volta de 2013 de uma região boliviana onde o idioma mais falado é o aimará.

Várias ações tiveram início na política pública do estado a fim de facilitar o atendimento as mulheres bolivianas e seus familiares. Dentre estas ações inclusive com participação do Consulado Geral da Bolívia em São Paulo com intuito de facilitar a legalização destes migrantes e refugiados através de salvo conduto com fornecimento de documentos aos pais dos recém-nascidos e certidão de nascimento para estes; e também com a Pastoral do Migrante que através de tradutores/interpretes, auxiliou na comunicação,

desenvolvimento de folder explicativo e, para os colaboradores interessados.

Entretanto, todos os atores sociais envolvidos, como Estado, Sociedade e migrantes exercem papel fundamental na elaboração e desenvolvimento de projeto de acolhimento.

Em atenção a necessidade de mudanças, a Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo (SMS) em conjunto com a Coordenação de Vigilância em Saúde da Cidade de São Paulo (COVISA) elaborou material esclarecendo sobre contaminação com o vírus HIV; informativo sobre os requisitos para atendimento no SUS; e realização de cursos de línguas para os profissionais que laboram nas unidades básicas de saúde.

O município de São Paulo promulgou Lei nO. 16.478/2016 que instituiu a Política Municipal para a População Imigrante, compreendendo a articulação entre Secretaria Municipal de Direitos Humanos e Cidadania da prefeitura de São Paulo (Sec Mun Dir Hum, 2016).

O objetivo é propiciar aos imigrantes acolhimento e documentação para que possam realizar a sua inclusão como beneficiários do Sistema Único de Saúde – SUS.

Depreende-se ainda que as gestantes não possuem situação trabalhista regular e, portanto, também não pagavam a Previdência Social, sendo o serviço de saúde, o único amparo legal na situação para obtenção de apoio.

Não é demais lembrar que não ocorrendo recolhimento para a previdência social não há que se falar em pagamento de licença maternidade.

## **V. Políticas públicas voltadas ao atendimento de mulheres grávidas na cidade de São Paulo**

A Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo, órgão umbilicalmente ligado ao Sistema Único de Saúde, realizou a partir do início dos anos 2000, alterações através da edição de Portarias, Leis e Resoluções para enfrentar condições culturais diferenciadas e atender a demanda de serviços deste tipo específico de pacientes, como o Programa de Humanização do Parto em 2002 e suas atualizações (Min da Saúde, 2000).

A implementação desse trabalho, ocorreu a partir da autoavaliação dos hospitais e teve como escopo aumentar a discussão sobre a temática de atendimento à mulher parturiente estrangeira.

A Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo através da reunião da Coordenadoria de Gestão de Contratos e Serviços em Saúde em trabalho macrorregional e do Núcleo Técnico e Articuladores de Humanização, elaboraram o documento denominado Pacto Mínimo que prevê o acesso e acolhimento, assim como tratamento digno com equipe multidisciplinar e garantia de direitos. Na tabela 1 encontramos as garantias diferenciadas para as gestantes em toda a rede de atendimento do Sistema Único de Saúde e que também tem sido incorporada pelo serviço privado de assistência a gestante (Gov Est São Paulo, 2013).

**Tabela 1: Objetivos do Pacto Mínimo**

<b>1 - Acesso e acolhimento</b>	- Ter recepção diferenciada e com ACR
<b>2 - Regulação</b>	- Criar e manter vínculos com unidades de referência - Rede
<b>3 - Visita ampliada</b>	- Ter duração mínima de 8h/dia
<b>4 - Direito a acompanhante</b>	- Garantir acompanhante em tempo integral e de escolha da parturiente
<b>5 - Equipe multiprofissional</b>	- Assegurar visão interdisciplinar
<b>6 - Ambiência</b>	- Assegurar privacidade e conforto para a mãe, RN e acompanhante
<b>7 - Garantia dos direitos</b>	- Certidão de nascimento - Recepção do RN em sala de parto - Aleitamento materno na 1 <sup>o</sup> . hora de vida

Fonte: [saúde.sp.gov.br/humanização/áreas-temáticas/parto-e-nascimento](http://saúde.sp.gov.br/humanização/áreas-temáticas/parto-e-nascimento). Adaptada pelos autores

Evidente ser importante e necessário a existência de um sistema de atendimento em saúde que pudesse garantir acesso e resolutividade de seus problemas dentro do próprio sistema único de saúde – SUS como ferramenta de alcance a população desse país miscigeno.

Necessário ponderar ainda que a realidade do pacto mínimo vem sendo discutida pela sociedade, profissionais e gestores comprometidos com o SUS.

Da mesma forma, relatamos a existência de abordagem dos temas nas últimas Conferências de Saúde e dos debates do Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde (CONASS) e do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS) que resultaram em profunda análise do SUS no contexto pós-NOBs (Normas Operacionais Básicas).

Segundo informações publicadas em periódico na rede mundial de computadores (Paulo, 2016), verificou-se que o número de grávidas imigrantes aumentou em 57,2% em 2016, em comparação com o ano anterior e que o mesmo número também havia subido em 2013 para 13%, 17% em 2014, 27% em 2015 e 36% em 2016. Fato relevado no perfil das mulheres grávidas é que se manteve em 65% na faixa entre 20 a 39 anos, o que revela a condição de acolhimento e melhoria do sistema público de saúde.

Um estudo destacado em informativo virtual formulado pela Universidade de São Paulo – USP em outubro de 2015 destacou as práticas diferentes das usualmente exercidas, mormente no campo cultural como fator preponderante para melhoria de atendimento. O estudo da enfermeira peruana Rosário Avellaneda Yajahuanca, orientado pela Professora Carmen Simone Grilo Diniz destacou dentre outros tópicos a adequação intercultural como política pública, uma vez que temos um número expressivo de bolivianas e a necessidade de adequação do cuidado, com valorização da autonomia destas mulheres (Avellaneda Yajahuanca, 2015).

### **Considerações Finais**

Pelo exposto, verifica-se que a quantidade de registros ativos é superior aos inativos e portanto, vivem no Brasil mais imigrantes regulares, assim como constatou-se alteração do fluxo migratório preponderante para a Venezuela na última década, ainda



de predominância masculina, e diminuição de registros de emprego em relação as mulheres.

O estudo concluiu a existência de políticas públicas eficientes voltadas ao atendimento da mulher gestante migrante, notadamente em São Paulo e que a inexistência de vínculo empregatício não é fator preponderante para exercício da maternidade e fluxo migratório para o Brasil e sim a existência de eficiente política pública voltada a saúde.

Conclui-se também que a universalidade do sistema público de saúde com o fornecimento de procedimento de obstetrícia e tratamento de saúde resultaram em aumento da taxa de natalidade deste recorte da população, dentre as quais foram beneficiadas a população anteriormente tida como invisível em face da implementação de documento denominado Pacto Mínimo de atenção diferenciada às gestantes e parturientes.

---

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (2019). Global Trends Forced Displacement in 2018. Tomado em: [www.unhcr.org/5c6fb2d04](http://www.unhcr.org/5c6fb2d04). Acesso em 12.09.19.
- AVELLANEDA YAJAHUANCA, R. S. A experiência da gravidez, parto e pós-parto das imigrantes bolivianas e seus desencontros na cidade de São Paulo. Tese de Doutorado – Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, 2015
- CAVALCANTI, L; OLIVEIRA, T.; MACEDO, M., Migrações e Mercado de Trabalho no Brasil. Relatório Anual 2018. Série Migrações. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério do Trabalho/ Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração. Brasília, DF: OBMigra, 2018
- CAVALCANTI, L; OLIVEIRA, T; MACÊDO, M; PEREDA, L. Resumo Executivo. Imigração e Refúgio no Brasil. A inserção do imigrante, solicitante de refúgio e refugiado no mercado de trabalho formal. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança pública / Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra 2019
- \_\_\_ Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Tomado em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 12.09.19
- Figura 1 – UNHCR. (2019). Global Trends Forced Displacement in 2018. Tomado em: [www.unhcr.org/5c6fb2d04](http://www.unhcr.org/5c6fb2d04), p. 6
- Figuras 2 e 3 – <https://ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?t=series-historicas>. Acesso em 12.09.19
- Governo do Estado de São Paulo. (2018). Secretaria Estadual de Saúde. Coordenadoria de Controle de Doenças. Vigilância em Saúde: Imigrantes e Refugiados. Tomado em : <http://www.saude.sp.gov.br/coordenadoria-de-controle-de-doencas/homepage/destaques/vigilancia-em-saude-imigrantes-e-refugiados>. Acesso em 12.09.19.
- Governo do Estado de São Paulo (2013). Secretaria de Estado da Saúde – Humanização – Parto e nascimento. Tomado em: <http://www.saude.sp.gov.br/humanizacao/areas-tematicas/parto-e-nascimento>. Acesso em 12.09.19



- LEMOS, B.M. New in Town (2016). Duarte Pacheco Pereira: o navegador misterioso que descobriu o Brasil. Tomado em: <https://nit.pt/coolt/05-20-2016-a-confissao-do-navegador-falamos-com-o-autor-do-livro-duarte-nuno-braga>. Acesso em 13.09.19.
- Ministério da Justiça e Segurança Pública (2019). Imigração Venezuela/Brasil. Tomado em: <http://www.pf.gov.br/servicos-pf/imigracao/apresentcao-policia-federal-ate-abril-de-2019.pdf/view>. Acesso em 15.09.19
- Ministério da Justiça e Segurança Pública (2019). Brasil registra mais de 700 mil migrantes entre 2010 e 2018. Tomado em: <https://justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1566502830.29>. Acesso em 05.10.2019
- Ministério Público Federal (2017). Migrantes no Brasil: PFDC destaca nova publicação de resolução que autoriza residência temporária no País. Tomado em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/informativos/edicoes-2017/marco/migrantes-no-brasil-pfdc-destaca-nova-publicacao-de-resolucao-que-autoriza-residencia-temporaria-no-pais>. Acesso em 20.09.19
- Ministério da Saúde (2000). Programa Humanização do Parto. Tomado em: <bvsm.s.saude.gov.br>. Acesso em 20.09.19
- Ministério da Saúde. Sistema Único de Saúde: estrutura, princípios e como funciona. Tomado em: <http://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>. Acesso em 20.09.19
- Organização Internacional do Trabalho (1934). C003 - Convenção relativa ao Emprego de Mulheres antes e depois do parto (Proteção à Maternidade). Tomado em: <https://www.ilo.org/brasil/convencoes/lang--pt/index.htm>. Acesso em 23.09.19
- Organização Internacional do Trabalho (1965). C103 – Amparo à Maternidade (Revisita). Tomado em: [https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_235193/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235193/lang--pt/index.htm). Acesso em 23.09.19
- Organización Internacional del Trabajo (2000). C183 – Conenio sobre la protección de la maternidad. Tomado em: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312328](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312328). Acesso em 23.09.19
- Organização Mundial da Saúde. Constituição da Organização Mundial da Saúde. Documentos básicos, suplemento da 45ª edição, outubro de 2006. Disponível em espanhol em: [http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf). Acesso em 21.09.19
- PAULO, P.P.(2016). Número de refugiadas grávidas em São Paulo cresceu 57% em 2016, diz estudo. Tomado em: <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/numero-de-refugiadas-gravidas-em-sao-paulo-cresceu-57-em-2016-diz-estudo.ghtml>. Acesso em 12.09.19
- Secretaria Estadual de Saúde. Vigilância em saúde. Tomado em: [https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/saude/vigilancia\\_em\\_saude/](https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/saude/vigilancia_em_saude/). Acesso em 15.09.19
- Secretaria Geral das Relações Exteriores (2005). Acordo Brasil/Bolívia sobre regularização Migratória. Tomado em: [http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/41/docs/acordo\\_brasil-olivia\\_-\\_regularizacao\\_migratoria.pdf](http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/41/docs/acordo_brasil-olivia_-_regularizacao_migratoria.pdf). Acesso em 28.09.19
- Secretaria Municipal de Direitos Humanos e Cidadania(2016): Política Municipal para a População Imigrante. Tomado em: <https://legisweb.com.br/legislacao/?id=325960>. Acesso em 15.08.2019
- Secretaria Nacional de Justiça (2017). Refúgio em números 30. Edição. Tomado em: [https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/anexos/refugio-em-nasmeros\\_1104.pdf](https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/anexos/refugio-em-nasmeros_1104.pdf). Acesso em 15.09.19
- Tabela 1 – Pacto Mínimo. <http://www.saude.sp.gov.br/humanizacao/areas-tematicas/parto-e-nascimento>. Acesso em 15.09.19
- Taylor C. The politics of recongnition. In: Gutmann, editor. Multiculturalism and the politics of recognition. Princeton: Princeton University Press; 1992, p. 25-73.

# SUICÍDIO, DIREITO À SAÚDE MENTAL E POLÍTICAS PÚBLICAS: REALIDADE E PERSPECTIVAS FUTURAS

## SUICIDE, RIGHT TO MENTAL HEALTH AND PUBLIC POLICIES: REALITY AND FUTURE PERSPECTIVES

Rodrigo Tonel<sup>1</sup> Janaína Machado Sturza<sup>2</sup>

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2020\)08](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)08)

### RESUMO:

A reforma psiquiátrica brasileira, através da anuência do nosso país na Declaração de Caracas de 1990, culminou com o advento da Lei N.º 10.216 de abril de 2001, mais conhecida por Lei Antimanicomial e, posteriormente, com a Resolução n.º 3.088 de 23 de dezembro de 2011, com a instituição da Rede de Atenção Psicossocial – RAPS. Nesta perspectiva da saúde mental, apesar de todos os fatores que circundam a contemporaneidade, apresenta um limite – seja pela morte, seja pelo suicídio. O presente artigo tem por objetivo fomentar a reflexão acerca do fenômeno do suicídio, estabelecendo uma interlocução com o adocementado da humanidade. Através de um estudo bibliográfico, tendo como método de abordagem o hipotético dedutivo, verificou-se que as políticas públicas de prevenção a este fenômeno devem ser propostas sob o olhar multifatorial e multicausal, alicerçadas em acepções da saúde mental.

### ABSTRACT

The Brazilian psychiatric reform, through the consent of our country in the Caracas Declaration of 1990, has culminated with the advent of the Law No. 10,216 of April 2001, better known as Antimanicomial Law and, later, with the Resolution No. 3,088 of December 23, 2011, with the institution of the Psychosocial Care Network - RAPS. In this perspective of mental health, despite all the factors that surround contemporaneity, it presents a limit - either by death, or by suicide. This article aims to foster the reflection on the phenomenon of suicide, establishing a dialogue with the sickening of humanity. Through a bibliographic study, using the deductive hypothetical approach method, it's been demonstrated that public policies for the prevention of this phenomenon should be proposed under the multifactorial and multicausal view, based on mental health meanings.

1 Pesquisador. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES; Mestre pelo Programa de Pós-graduação Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Bacharel em Direito pela UNIJUÍ. Integrante do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos -CNPq. E-mail: tonelr@yahoo.com; ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2480-7426>.

2 Pós doutora em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Doutora em Direito pela Escola Internacional de Doutorado em Direito e Economia Tullio Ascarelli, da Universidade de Roma Tre/Itália. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas também pela UNISC. Graduada em Direito pela UNISC. Professora na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ, lecionando na graduação em Direito e no Programa de Pós Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado. Integrante do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (CNPq). E-mail: janasturza@hotmail.com; ORCID iD: <http://orcid.org/0000-001-9290-1380>.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos; Morte; Políticas Públicas; Saúde Mental; Suicídio.

---

KEY WORDS: Human Rights; Death; Public Policies; Mental Health; Suicide

## I. Introdução

Até onde tem-se conhecimento, nossa existência – a existência humana, é limitada, ou seja, não podemos viver eternamente, uma vez que nosso corpo físico está condicionado a viver temporariamente devido a fatores biológicos. Morrer é um processo natural da vida, assim como nascer é um acontecimento natural para iniciar o ciclo de vida de um ser vivo.

Todavia, enquanto um nascimento é muitas vezes celebrado com felicidade, a morte é vista com tristeza e geralmente evitada com todos os esforços. Todo ser vivo está destinado a morrer no final de sua vida. Assim, todos nós nascemos, crescemos e vivemos sabendo que um dia morreremos. É verdade que podemos adiar nossa morte através das tecnologias que temos, através de medicamentos e tratamentos, mas não podemos evitar, eternamente, a morte.

No entanto, a partir deste cenário, eis que podemos enfrentar a possibilidade de acabar com nossas vidas – não mais através da morte por causas naturais ou situações inevitáveis, mas através do suicídio enquanto ato intencional de matar a si mesmo.

Neste contexto, o presente artigo objetiva fomentar a reflexão acerca do fenômeno do suicídio e o crescente aumento de sua ocorrência na sociedade contemporânea, estabelecendo uma interlocução com o adoecimento da humanidade, especialmente na perspectiva do direito à saúde mental. Discute-se, igualmente, a importância de políticas públicas voltadas a sua prevenção e decorrente proteção ao direito humano à saúde e consequentemente à vida.

Atualmente, o fenômeno do suicídio destaca-se nas pautas de debates na ceara da saúde pública e, mais especificamente, da saúde mental, no sentido de identificar as principais causas que levam as pessoas a abreviação de sua existência. De igual modo, os debates seguem na tentativa de se construir um entendimento acerca dos temas que envolvem os limites da existência humana e por consequência o suicídio, tais como a autonomia e liberdade do ser humano em dispor ou não pelo seu corpo físico, ou seja, as discussões relativas ao direito à vida e à morte e a liberdade de escolha e/ou opção voluntária do indivíduo pela morte, frente a intervenção do Estado na vida do indivíduo, mediante o dever de proteger a vida.

Assim, portanto, a discussão envolta ao tema ora proposto encontra sua relevância nos campos do direito à saúde, do biodireito e das políticas públicas, além da contribuição jurídica e social no que diz respeito a construção dos fundamentos e marcos teóricos e normativos – afinal, o suicídio deve ser um tema de análise multidisciplinar, especialmente diante do preocupante aumento das taxas de mortes provindas deste fenômeno.

Desta forma, através do método hipotético dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica,

verificou-se como essencial e urgente iniciativas de formulação e implementação de políticas públicas de prevenção a este fenômeno, as quais devem ser propostas sob um olhar multifatorial e multicausal, levando-se em consideração aspectos sociais, políticos, midiáticos, culturais e até mesmo religiosos, e, sobretudo, alicerçadas em acepções do biodireito e do direito à saúde mental, no intento de resguardar a vida e a própria espécie humana.

### **1 A inexpugnabilidade da morte: argumentos sobre um evento inadiável**

A morte é, por natureza, um acontecimento inexpugnável. Um evento inadiável. Nossa vida se assemelha a lógica da ampulheta, isto é, da mesma forma que a areia da ampulheta vai escoando vagarosamente até que esteja completamente transpassada para a outra face do artefato, assim também acontece com a vida. Somos condenados a um tempo de vida. Findado este tempo, então, não nos resta mais nada a não ser a morte. Para a maioria das pessoas, a areia da ampulheta da vida escoar naturalmente até o seu fim. Já, para algumas pessoas – e não poucas – a areia da ampulheta da vida escoar mais rápido do que naturalmente escorreria devido a interferência e interesse do indivíduo, ou seja, sua vida acaba antes do que outrora naturalmente acabaria e, aqui, a referência é ao suicídio.

Por uma perspectiva filosófica, a morte não pode ser ruim para a pessoa que morreu, ela é ruim para aqueles que continuam vivos, ou seja, as pessoas que amavam o morto como familiares e amigos. Para estas pessoas a morte representa algo ruim justamente porque impossibilita a continuação ou permanência de um vínculo de interação que outrora dispunham com aquele que no presente momento se encontra morto.<sup>3</sup>

Se partirmos do pressuposto de que todo aquele que está morto já não mais existe, então a morte não pode ser considerada nem ruim e nem boa. Teríamos que mudar a pergunta e indagar: Seria a não existência ruim para aquele que já não existe mais?

Ora, para uma não existência não há que se falar em dor e prazer, tristezas e alegrias, derrotas e vitórias. Esses valores só acontecem para aquele que existe. Então, como a morte e/ou não existência pode ser ruim ou boa? Para Kagan, “[...] o que é ruim em estar morto é que você não consegue mais experimentar e aproveitar as várias coisas boas da vida”.<sup>4</sup>

Para Lucretius, o período logo após nossa morte não é o único período que simboliza ou se traduz em uma não existência. Existe um outro período de não existência. Basta refletirmos um pouco e perceberemos que se trata de um período pretérito ao nosso nascimento, ou seja, antes de nosso nascimento não existíamos. Aparentemente, não há nada ruim acerca da eternidade de nossa não existência antes de nosso nascimento. Assim, por este seguimento, se não há nada de errado com a não existência antes de nosso nascimento, analogicamente, não há nada de errado com a não existência após a morte.<sup>5</sup>

Para Kübler-Ross, “a morte é parte integrante da vida, tão natural e previsível quanto nascer. Mas enquanto o nascimento é motivo de celebrações, a morte tornou-se uma

3 KAGAN, Shelly (2012): *Death*. New Haven and London Yale University Press, New Haven and London.

4 KAGAN, Shelly (2012): *Death*. New Haven and London Yale University Press, New Haven and London. p. 212. Tradução nossa.

5 LUCRETIUS. *On the nature of things*. Trad.: Cyril Bailey. Disponível em: [http://files.libertyfund.org/files/2242/Lucretius\\_1496\\_Bk.pdf](http://files.libertyfund.org/files/2242/Lucretius_1496_Bk.pdf), Acesso em: 09 jun. 2019.

questão temida e indecifrável a ser evitada por todos os meios possíveis em nossa sociedade moderna".<sup>6</sup>

Contudo, não é bem assim. Tratamos diferentemente e assimetricamente estes dois polos de não existência justamente porque quando morremos deixamos de viver, isto é, perdemos algo que tivemos – nossas vidas, ao passo que, durante o período que antecede nosso nascimento, ainda não tivemos a oportunidade de vivenciar ou experimentar a vida para, então, concluirmos que sua perda é algo ruim.

Já para Szasz, "[...] não há objetivamente "boa morte" ou "morte ruim"; só há morrer – ou viver, considerada "boa" ou "má", de acordo com os valores da pessoa que faz o julgamento".<sup>7</sup>

Nesse sentido, então, importante se faz destacar que nesta reflexão sobressalta a ideia e o exercício de liberdade no que diz respeito às vidas e corpos, afinal, morrer ou viver, sob a perspectiva do suicídio, está diretamente relacionado à liberdade de dispor do próprio corpo.

## **2 Liberdade de dispor do próprio corpo: viver ou morrer?**

Na definição Durkheimiana, "[...] chama-se suicídio todo o caso de morte que resulta direta ou indiretamente de um ato, positivo ou negativo, realizado pela própria vítima e que ela sabia que produziria esse resultado".<sup>8</sup>

Na sociedade ocidental contemporânea onde a ideia e exercício de liberdade é um fator característico e muito aparente, a maioria das pessoas presumem serem autônomas e soberanas no que diz respeito às suas vidas e corpos. Assim, por exemplo, quando alguém é assassinado, se destaca que esse mesmo alguém foi privado de seu direito à vida. Contudo, quando alguém se suicida, frequentemente se diz que isso se sucedeu em razão de que este indivíduo provavelmente sofria de algum tipo de doença mental. Entrementes, neste último caso, não estaria este indivíduo exercendo seu direito de *auto propriedade*? Não estaria ele constituído de liberdade para dispor de sua própria vida e de seu corpo, e fazer o que bem entender com sua existência diante daquela premissa?

Muitas pessoas parecem inaptas a entenderem ou aceitar o fato de que algumas pessoas escolhem morrer por seu próprio desejo e vontade, e por seus próprios meios. Para aquelas o suicídio é resultado de distúrbios mentais, ou seja, não se leva em consideração a hipótese de acidente, patriotismo, heroísmo, auto sacrifício, ou até mesmo uma forma de martírio, dentre outras. Com isso, se percebe que tudo fica rotulado a doenças mentais.<sup>9</sup>

De acordo com Szasz, "[...] como qualquer ação humana, o suicídio pode ser considerado bom, ruim ou indiferente; elogiado ou condenado; recomendado ou proibido; ou aceito como aceitamos o clima".<sup>10</sup>

---

6 KÜBLER-ROSS, Elisabeth (1975): *Death: the final stage of growth*. A Spectrum Book, New Jersey. p. 5. Tradução nossa.

7 SZASZ, Thomas (2011): *Suicide prohibition: the shame of medicine*. Syracuse University Press, New York. p. 6. Tradução nossa.

8 DURKHEIM, Émile (2011): *O suicídio: estudo de sociologia*. Trad.: Mônica Stahel. 2ª ed. Editora WMF Martins Fontes, São Paulo. p. 14. Grifo do autor.

9 SZASZ, Thomas (2011): *Suicide prohibition: the shame of medicine*. Syracuse University Press, New York.

10 SZASZ, Thomas (2011): *Suicide prohibition: the shame of medicine*. Syracuse University Press, New York. p. 8. Tradução nossa.

Para Hillman, “[...] a lei não estabeleceu um tribunal que aceite petições de suicídio, de modo que não há maneira de se optar por morte, a não ser infringindo a lei. O suicida é culpado e não pode jamais provar sua inocência”.<sup>11</sup> Entretanto, sob este prisma a lei nos obriga a viver, mesmo em desacordo com nossas vontades, e isso revela que nossa liberdade é limitada, ela não é plena.

Obviamente que morrer implica efeitos nos variados ramos do Direito. Atemo-nos ao Direito Penal por um momento. Até 1961, o suicídio sempre foi considerado um crime para a maioria das nações. Sempre fora justificado e comparado com o homicídio, uma espécie de auto homicídio.<sup>12</sup>

Contudo, o suicídio sempre fora considerado um crime injustificável. Isso nos leva a compreensão de que, “[...] pode-se matar outras pessoas de muitas maneiras e sob muitas alegações sem se transgredir a lei; mas não se pode nunca, sob hipótese alguma, matar-se de maneira justificável ou desculpável”.<sup>13</sup> A exceção, entretanto, se dava somente para aquele indivíduo que sofresse de algum tipo de distúrbio mental, que o incapacitasse de raciocinar e de tomar decisões em sua consciência, justamente porque se demonstrava inapto e incompatível a aceitação e observação de um contrato social firmado essencialmente pela razão. Na sociedade contemporânea, no entanto, poucos países ainda mantêm o suicídio e a tentativa como um crime tipificado.<sup>14</sup>

Agora, por quais razões as pessoas se matam? Normalmente, porque a vida está tão ruim que não mais vale a pena ser vivida. E, portanto, se já não mais vale a pena ser vivida, parece ser melhor morrer. É certo que, cada pessoa tem suas próprias razões ao optar pela morte.

Pensar no suicídio como uma expressão de liberdade é, sem sombra de dúvida, um argumento que pesa bastante. Contudo, se faz necessário mencionar que grande maioria das pessoas que optam pelo suicídio não o fazem como uma expressão de suas liberdades, mas sim, como uma alternativa frente aos variados problemas que as afligem.

Portanto, para a maioria dos casos de suicídio na contemporaneidade, as pessoas não se matam porque querem gozar de suas liberdades, pelo contrário, elas querem continuar vivendo, mas como não encontram alternativas para seus problemas, optam pelo suicídio. Assim, nas palavras de Hume, “[...] eu acredito que nenhum homem jogou fora a vida enquanto ela ainda valesse a pena ser mantida”.<sup>15</sup>

Além disso, frustrações, tristezas e dores também são partes constituintes da vida humana. Só que quando estamos tristes, frustrados ou com dores, nossa capacidade de reflexão é prejudicada consideravelmente. Deste modo, quando optamos pelo suicídio, temos que ter consciência real da decisão que estamos tomando. Se nossa

---

11 HILLMAN, Jamesm (2009): Suicídio e alma. Trad.: Sônia Maria Caiuby Labate. Vozes, Petrópolis, RJ, p. 39.

12 MINOIS, Georges (2018): A história do suicídio: a sociedade acidental diante da morte voluntária. Editora Unesp, São Paulo.

13 HILLMAN, Jamesm (2009): Suicídio e alma. Trad.: Sônia Maria Caiuby Labate. Vozes, Petrópolis, RJ, p. 39.

14 MISHARA, Brian L., WEISSTUB, David N. (2016): “The legal status of suicide: a global review.” *International Journal of Law and Psychiatry*, Volume 44, Page 54-74, doi: <https://doi.org/10.1016/j.ijlp.2015.08.032>. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0160252715001429>, Acesso em: 03 jul. 2019.

15 HUME, David (1777): *On suicide*. Penguin Books - Great Ideas, England, p. 10. Tradução nossa.

capacidade de discernimento é confundida pela dor, tristeza ou frustração, então, não temos como saber se o suicídio realmente é a coisa certa a fazer.

Portanto, evidencia-se, nesta conjuntura, que o suicídio é um fenômeno multicausal e multifatorial – em outras palavras, resta claro que o suicídio nem sempre ocorrerá necessariamente por razões patológicas.

### 3 O adoecimento emocional da humanidade

Nossa sociedade contemporânea é caracterizada pelo progresso quando comparada a períodos pretéritos. De acordo com Pinker (2019, p. 4, tradução nossa), temos “[...] recém-nascidos que viverão mais de oito décadas, mercados transbordando de comida, água limpa que aparece com um estalar de dedo e desperdício que desaparece com outro, pílula que apaga uma infecção dolorosa, filhos que não são enviados a guerra, filhas que podem andar pelas ruas em segurança, críticos dos poderosos que não são presos ou fuzilados, conhecimento e cultura do mundo disponíveis no bolso da camisa [...]”<sup>16</sup>

De acordo com Pinker, portanto, nossa humanidade experimenta um momento no qual nunca em sua história foi registrado um índice tão elevado de progresso, isto é, somos mais felizes, saudáveis, vivemos mais do que nossos antepassados, avançamos para a igualdade de direitos, temos democracia, somos mais informados, estamos mais seguros, não vivemos em um momento marcado por guerras, enfim, nossa condição atual é muito boa.<sup>17</sup>

Contudo, muitos pensadores discordam com essa perspectiva de progresso, afirmando que vivemos em um momento apocalíptico, atribuindo a culpa ao capitalismo tecnológico, o qual tem amaldiçoado as pessoas, tornando-as extremamente individualistas, egocentristas, consumeristas, materialistas, insensíveis, ostentatórias, atomizadas, entre outros tantos adjetivos. Dentre esses autores, poderíamos citar Bauman – que em suas múltiplas obras discorre sobre o conceito de liquidez de nossa sociedade contemporânea, afirmando, a título de ilustração, que trocamos os relacionamentos reais pelos virtuais, rompemos as relações sociais reais pelas virtuais, criando maior isolamento e individualismo entre as pessoas.<sup>18</sup>

Lipovetsky, por sua vez, aponta para uma sociedade de hiperconsumo, que tem como característica principal a busca da felicidade através do consumo de objetos. Consequentemente, esses tipos de compreensões apenas fazem com que as pessoas mergulhem cada vez mais no abismo da solidão.<sup>19</sup>

Outro autor que aponta para o adoecimento emocional da humanidade é o sul-coreano Byung-Chul Han, trazendo a compreensão de uma sociedade que se encontra física e psiquicamente esgotada - *Síndrome do Burnout*, marcada por uma onda de positividade e perfeccionismo, que leva ao surgimento e a sobreposição de doenças neurológicas sobre os demais tipos de doenças epidêmicas. Isso tudo contribui decisivamente para a

---

16 PINKER, Steven (2019): *The enlightenment now: the case for reason, science and humanism*. Penguin Random Science, United Kingdom. p. 4, tradução nossa.

17 PINKER, Steven (2019): *The enlightenment now: the case for reason, science and humanism*. Penguin Random Science, United Kingdom.

18 BAUMAN, Zygmunt (2004): *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Trad.: Carlos Alberto Medeiros. Jorge Zahar, Rio de Janeiro. Disponível em: [http://static.tumblr.com/jh0avtj/8xdooiennw/amor\\_liquido\\_-\\_zygmunt\\_bauman.pdf](http://static.tumblr.com/jh0avtj/8xdooiennw/amor_liquido_-_zygmunt_bauman.pdf), Acesso em: 11 ago. 2019.

19 LIPOVETSKY, Gilles (2007): *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo*. Trad.: Maria Lúcia Machado. Companhia das Letras, São Paulo.



intensificação do fenômeno do suicídio em nossa sociedade contemporânea.<sup>20</sup>

Ademais, basta checarmos o site da Organização Mundial da Saúde para observarmos que, atualmente, cerca de quase um milhão de pessoas se suicidam todos os anos. Para sermos mais precisos, o número gira em torno de 800.000 mil óbitos por suicídio por ano, isto é, o mesmo que um suicídio a cada 40 segundos. Ainda assim, existe a indicação de que a cada 1 suicídio consumado, outros 20 foram tentados. O suicídio pode ocorrer em qualquer momento da vida, todavia, encontra-se em segundo lugar no ranking das causas de morte entre jovens de 15 a 29 anos no mundo.<sup>21</sup> Os números são, inegavelmente, alarmantes. No entanto, a referida fonte sugere que a grande maioria desses suicídios poderiam ser evitados.

No caso brasileiro, entre os anos de 2007 e 2016, foram registrados cerca de “[...] 106.374 óbitos por suicídio. Em 2016, a taxa chegou a 5,8 por 100 mil habitantes, com a notificação de 11.433 mortes por essa causa”.<sup>22</sup>

No Brasil, observamos uma acentuada diferença com relação ao gênero. De acordo com o Ministério da Saúde, o suicídio é a terceira principal causa de morte entre pessoas do sexo masculino, e a oitava principal causa de morte entre pessoas do sexo feminino.<sup>23</sup>

Além disso, de acordo com Jaen-Varas et al., no Brasil, o fenômeno do suicídio aumentou em 24% entre os adolescentes brasileiros que residem em grandes cidades, e no geral 13%, dos anos de 2006 a 2015. As razões principais desse aumento do suicídio no Brasil são as mudanças socioeconômicas dos últimos anos, o excessivo uso da Internet e a falta de políticas públicas de prevenção. A utilização indiscriminada da Internet, principalmente, no que diz respeito a participação e exposição assídua de adolescentes em redes sociais, aumenta a sensação de isolamento e pode estimular os adolescentes ao suicídio.<sup>24</sup>

Esse isolamento e entristecimento da humanidade configura o suicídio Durkheimiano chamado egoísta, porque enfraquece os laços que unem o indivíduo a sua sociedade. Ele representa um afrouxamento da estrutura social, ou seja, a fragilização dos laços grupais que nutrem o corpo social. Ele é responsável pela desintegração social, ferindo as balizas sociais e, conseqüentemente, desestruturando a sociedade. Assim, tal fenômeno é considerado um inimigo da sociedade e, portanto, sua ocorrência deve ser prevenida e evitada.<sup>25</sup>

A prevenção, então, seria basicamente trazer de volta ao grupo social aquele indivíduo que se afastou. Isso porque o isolamento individual, para fora do grupo social, é a

---

20 HAN, Byung-Chul (2015): *The burnout society*. Stanford University Press, Stanford, California.

21 WORLD HEALTH ORGANIZATION (2018): Latest data on suicide. Disponível em: [http://www.who.int/mental\\_health/suicide-prevention/en/](http://www.who.int/mental_health/suicide-prevention/en/), Acesso em: 05 ago. 2019.

22 MINISTÉRIO DA SAÚDE (2018): Novos dados reforçam a importância da prevenção do suicídio. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/44404-novos-dados-reforcam-a-importancia-da-prevencao-do-suicidio>, Acesso em: 05 ago. 2019.

23 MINISTÉRIO DA SAÚDE (2017): Secretaria de Vigilância em Saúde. Perfil epidemiológico das tentativas e óbitos por suicídio no Brasil e a rede de atenção à saúde. Volume 48, nº30. Disponível em: <http://portal.arquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2017/setembro/21/2017-025-Perfil-epidemiologico-das-tentativas-e-obitos-por-suicidio-no-Brasil-e-a-rede-de-atencao-a-saude.pdf>, Acesso em: 05 ago. 2019.

24 JAEN-VARAS, Denisse, et al. (2019): “The association between adolescent suicide rates and socioeconomic indicators in Brazil: a 10-year retrospective ecological study.” *Brazilian Journal of Psychiatry*, doi: <http://dx.doi.org/10.1590/1516-4446-2018-0223>. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1516-44462019005003105&lng=en&nrm=iso#B03](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462019005003105&lng=en&nrm=iso#B03), Acesso em: 05 ago. 2019.

25 DURKHEIM, Émile (2011): *O suicídio: estudo de sociologia*. Trad.: Mônica Stahel. 2ª ed. Editora WMF Martins Fontes, São Paulo.



determinante que leva o indivíduo a tendência suicida. Deste modo, a prevenção sociológica do suicídio é o fortalecimento grupal. *Juntos somos mais fortes, juntos tornamo-nos imunes ao suicídio.*

Assim, portanto, a prevenção do suicídio deve ser tratada na coletividade, sem esquecer, entretanto, das ações voltadas a implementação e fortalecimento das políticas públicas de proteção à saúde mental, e, por consequência, à vida.

#### **4 Suicídio, direito à saúde mental e políticas públicas: realidade e perspectivas futuras**

Sabemos da barbárie que ocorreu na década de 1960, no Centro Hospitalar Psiquiátrico de Barbacena, mais conhecido por Hospital Colônia, resultando na morte de cerca de 60 mil pessoas, além dos abusos incomensuráveis que os pacientes daquele lugar sofreram e, que, mais tarde ganhou o pseudônimo de *Holocausto Brasileiro*.<sup>26</sup>

A partir daí, a reforma psiquiátrica brasileira, através da anuência do nosso país na Declaração de Caracas de 1990 – documento que serve de marco para as reformas em atenção na saúde mental nas Américas,<sup>27</sup> que culminou com o advento da Lei N.º 10.216 de abril de 2001, mais conhecida por Lei Antimanicomial – que dispõe sobre a proteção e preservação aos direitos daqueles indivíduos acometidos por transtornos mentais<sup>28</sup> e, posteriormente, em ações mais práticas como é o caso da Resolução n.º 3.088 de 23 de dezembro de 2011, com a instituição da Rede de Atenção Psicossocial – RAPS, vem a dar amparo para os indivíduos que manifestam algum tipo de sofrimento mental, assim como, adicionalmente, para aqueles com necessidades decorrentes do uso de drogas e álcool.<sup>29</sup>

A política Nacional de Saúde Mental, portanto, é uma ação do governo federal em prol daquelas pessoas que sofrem transtornos mentais oriundos de causas diversas, incluindo dependentes de substâncias psicoativas, como são os casos clássicos do uso de drogas e álcool. Fornece a assistência e o acolhimento devidos não só aos doentes, como também aos seus familiares.

Em períodos de crises, essas pessoas poderão ser atendidas e/ou internadas em um dos Centros de Atenção Psicossocial – CAPS, e receber os serviços da Rede de Atenção Psicossocial – RAPS, sendo aquele um dos pontos que compõem esta rede.

Dentro do viés jurídico, recentemente, o governo federal sancionou a Lei n.º 13.819 de 26 de abril de 2019, que cria a Política Nacional de Prevenção da Automutilação e do Suicídio. Essa política tem como principais objetivos a preservação da saúde mental e a prevenção a violência autoprovocada. O Art. 3º, em seus incisos, estabelece claramente todo o rol de objetivos. No entanto, para o contexto deste estudo, destacamos a importância dos incisos IV, VI e VII.<sup>30</sup>

---

26 ARBEX, Daniela (2013): *Holocausto Brasileiro*. Geração Editorial, São Paulo.

27 DECLARAÇÃO DE CARACAS. (1990): Disponível em: [http://www.abrasme.org.br/resources/download/1358516130\\_ARQUIVO\\_DeclaraçaoDeCaracas.pdf](http://www.abrasme.org.br/resources/download/1358516130_ARQUIVO_DeclaraçaoDeCaracas.pdf), Acesso em: 07 ago. 2019.

28 BRASIL (2001): Lei N.º 10.216 de 6 de abril de 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10216.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm), Acesso em: 07 ago. 2019.

29 BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro (2011): Portaria n.º 3.088, de 23 de dezembro de 2011. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt3088\\_23\\_12\\_2011\\_rep.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt3088_23_12_2011_rep.html), Acesso em: 07 ago. 2019.

30 BRASIL (2019): Lei n.º 13.819, de 26 de abril de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13819.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13819.htm), Acesso em: 12 ago. 2019.

No inciso IV, é possível vislumbrar a previsão de garantias em relação ao atendimento psicossocial daqueles indivíduos que manifestem sofrimento psíquico, bem como aqueles que demonstram ideação suicida, tentativas e automutilação.<sup>31</sup>

O inciso VI refere-se a ampla informação e conscientização social com o objetivo de sensibilizar a sociedade para a relevância da temática. E, no inciso VII, é possível perceber o esforço para a promoção intersectorial de prevenção ao suicídio, ou seja, “[...] envolvendo entidades de saúde, educação, comunicação, imprensa, polícia, entre outras”.<sup>32</sup>

A referida lei, também, estabelece notificação compulsória sempre que as instituições se depararem com casos possíveis ou concretos de violência autoprovocada. Deste modo, de acordo com o Art. 6º, inciso I, estabelecimentos de saúde públicos e privados deverão notificar as autoridades sanitárias. Aditivamente, no inciso II do referido artigo, estabelecimentos de ensino públicos e privados deverão comunicar ao conselho tutelar. O § 3º do referido artigo, acrescenta que essa notificação terá caráter sigiloso.<sup>33</sup>

O Art. 4º preleciona a respeito da manutenção do serviço telefônico fornecido pelo Centro de Valorização da Vida – CVV, qual seja, uma associação civil sem fins lucrativos, fundada em São Paulo no ano de 1973, que “[...] presta serviço voluntário e gratuito de apoio emocional e prevenção do suicídio para todas as pessoas que querem e precisam conversar, sob total sigilo e anonimato”.<sup>34</sup> O § 1º deste artigo, ainda dispõe, que serão adotadas outras formas de comunicação, levando em consideração os meios mais utilizados pela população na atualidade, ampliando ainda mais o serviço com o objetivo de alcançar mais pessoas que estejam necessitando de ajuda.

Cabe, notoriamente, ressaltar que o direito à saúde é reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu Art. 25,<sup>35</sup> na Constituição Federal de 1988 em seus Arts. 6º e 196, sendo que, neste último, “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.<sup>36</sup>

Neste contexto, a Política Nacional de Prevenção da Automutilação e do Suicídio é, sem sombra de dúvidas, um importante passo rumo à prevenção de mortes por suicídio e promoção da saúde.

## II Conclusão

A saúde é um direito de todos e um dever do Estado. Todavia, a saúde não deve ser confundida simplesmente com a ausência de doenças – seu conceito é muito mais

31 BRASIL (2019): Lei nº 13.819, de 26 de abril de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13819.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13819.htm), Acesso em: 12 ago. 2019.

32 BRASIL (2019): Lei nº 13.819, de 26 de abril de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13819.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13819.htm), Acesso em: 12 ago. 2019.

33 BRASIL (2019): Lei nº 13.819, de 26 de abril de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13819.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13819.htm), Acesso em: 12 ago. 2019.

34 CVV. (2019): O cvv. Disponível em: <https://www.cvv.org.br/o-cvv/>, Acesso em: 07 ago. 2019.

35 UNITED NATIONS (1948): Universal declaration of human rights. Disponível em: <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>, Acesso em: 12 ago. 2019.

36 BRASIL (1988): Constituição da república federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm), Acesso em: 12 ago. 2019.

amplo e abrangente, deve ser compreendida como o bem-estar físico, mental e social. Portanto, seguindo este ideário, devemos prevenir o suicídio não somente sob a perspectiva física e mental, através da medicalização e hospitalização do indivíduo suicida, mas também sob a perspectiva social e jurídica, através da formulação e implementação de políticas públicas de saúde mental, capazes de fomentar e indicar determinantes sociais e marcos regulatórios sanitários, que de fato – e não somente de direito, garantam o direito humano à saúde, protegendo a vida e a própria existência humana.

Notadamente, a interpretação equivocada de que todo o suicida é um *louco, pecador* ou *imoral*, causa extrema estigmatização e rotulagens, gerando constrangimentos na vida social, familiar e profissional do indivíduo e, essas situações, ainda contribuem na intensificação da intolerância a sua vida. A sociedade, muitas vezes por falta de informação, ao invés de encontrar meios para prevenir e evitar o suicídio, acaba literalmente atuando como instigadora deste – tudo isso, em algumas ocasiões, aliada à falta de conhecimento, sensibilidade e solidariedade. É mister, antes de tudo, reeducar e informar a sociedade.

Ainda assim, diante de todas as dificuldades e desafios, é sempre importante acreditar na mudança, pois quando se amarra alguém – contenção física, através de métodos como o uso da camisa de força, por exemplo, morre com ele(a) sua dignidade. Além disso, para alcançar a qualidade na saúde mental dos indivíduos, é importante que haja acolhimento e amor. Os profissionais de saúde, assim como toda a sociedade, devem *ter orelhas de elefantes e olhos de águia* para dar atenção e suporte aquelas pessoas que necessitam de ajuda. É necessário e urgente, portanto, discutir o tema do suicídio, abandonando o individualismo e incentivando o espírito de solidariedade e cooperação humana.

Portanto, o suicídio, enquanto um fenômeno compreendido como ato intencional de matar a si mesmo, deve ser analisado por uma gama muito ampla de fatores e causas, e sua prevenção, do mesmo modo, há que ser proposta de maneira multifatorial e multicausal. Podemos, assim, prevenir os suicídios através de políticas públicas centralizadas na saúde, no biodireito e na educação, que se voltem a promover cidadania e não intolerância. Nas escolas, trabalhar a valorização da vida. Na mídia, campanhas de esclarecimento. Na saúde, maior capacitação, treinamento e preparo aos profissionais. Na legislação, restringir o acesso a meios letais. São essenciais as iniciativas que comunguem políticas públicas e envolvimento da sociedade, com esforços, práticas e ações governamentais ou não governamentais, que incorporem formas múltiplas de prevenção, como são os casos dos RAPS, dos CAPS, do CVV, das campanhas Setembro Amarelo e Janeiro Branco – tudo no intento de combater o adoecimento da humanidade e, por consequência, combater a abreviação da existência humana através do suicídio.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- ARBEX, Daniela (2013): *Holocausto Brasileiro*. Geração Editorial, São Paulo.
- BAUMAN, Zygmunt (2004): *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Trad.: Carlos Alberto Medeiros. Jorge Zahar, Rio de Janeiro. Disponível em: [http://static.tumblr.com/jh0avtj/8xdooienw/amor\\_liquido\\_-\\_zygmunt\\_bauman.pdf](http://static.tumblr.com/jh0avtj/8xdooienw/amor_liquido_-_zygmunt_bauman.pdf), Acesso em: 11 ago. 2019.
- BRASIL (2019): Lei nº 13.819, de 26 de abril de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13819.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13819.htm), Acesso em: 12 ago. 2019.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro (2011): Portaria nº 3.088, de 23 de dezembro de 2011. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt3088\\_23\\_12\\_2011\\_rep.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt3088_23_12_2011_rep.html), Acesso em: 07 ago. 2019.
- BRASIL (2001): Lei N.º 10.216 de 6 de abril de 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10216.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm), Acesso em: 07 ago. 2019.
- BRASIL (1988): *Constituição da república federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm), Acesso em: 12 ago. 2019.
- CVV. (2019): *O cvv*. Disponível em: <https://www.cvv.org.br/o-cvv/>, Acesso em: 07 ago. 2019.
- DECLARAÇÃO DE CARACAS. (1990): Disponível em: [http://www.abrasme.org.br/resources/download/1358516130\\_ARQUIVO\\_DeclaracaodeCaracas.pdf](http://www.abrasme.org.br/resources/download/1358516130_ARQUIVO_DeclaracaodeCaracas.pdf), Acesso em: 07 ago. 2019.
- DURKHEIM, Émile (2011): *O suicídio: estudo de sociologia*. Trad.: Mônica Stahel. 2ª ed. Editora WMF Martins Fontes, São Paulo.
- HAN, Byung-Chul (2015): *The burnout society*. Stanford University Press, Stanford, California.
- HILLMAN, Jamesm (2009): *Suicídio e alma*. Trad.: Sônia Maria Caiuby Labate. Vozes, Petrópolis, RJ.
- HUME, David (1777): *On suicide*. Penguin Books - Great Ideas, England.
- JAEN-VARAS, Denisse. et al. (2019): "The association between adolescent suicide rates and socioeconomic indicators in Brazil: a 10-year retrospective ecological study." *Brazilian Journal of Psychiatry*, doi: <http://dx.doi.org/10.1590/1516-4446-2018-0223>. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1516-44462019005003105&lng=en&nrm=iso#B03](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462019005003105&lng=en&nrm=iso#B03), Acesso em: 05 ago. 2019.
- KAGAN, Shelly (2012): *Death*. New Haven and London Yale University Press, New Haven and London.
- KÜBLER-ROSS, Elisabeth (1975): *Death: the final stage of growth*. A Spectrum Book, New Jersey.
- LIPOVETSKY, Gilles (2007): *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo*. Trad.: Maria Lúcia Machado. Companhia das Letras, São Paulo.
- LUCRETIUS. *On the nature of things*. Trad.: Cyril Bailey. Disponível em: [http://files.libertyfund.org/files/2242/Lucretius\\_1496\\_Bk.pdf](http://files.libertyfund.org/files/2242/Lucretius_1496_Bk.pdf), Acesso em: 09 jun. 2019.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE (2018): *Novos dados reforçam a importância da prevenção do suicídio*. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/44404-novos-dados-reforcam-a-importancia-da-prevencao-do-suicidio>, Acesso em: 05 ago. 2019.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE (2017): *Secretaria de Vigilância em Saúde. Perfil epidemiológico das tentativas e óbitos por suicídio no Brasil e a rede de atenção à saúde*. Volume 48, nº30. Disponível em: <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2017/setembro/21/2017-025-Perfil-epidemiologico-das-tentativas-e-obitos-por-suicidio-no-Brasil-e-a-rede-de-atencao-a-saude.pdf>, Acesso em: 05 ago. 2019.
- MINOIS, Georges (2018): *A história do suicídio: a sociedade acidental diante da morte voluntária*. Editora Unesp, São Paulo.
- MISHARA, Brian L., WEISSTUB, David N. (2016): "The legal status of suicide: a global review." *International Journal of Law and Psychiatry*, Volume 44, Page 54-74, doi: <https://>

doi.org/10.1016/j.ijlp.2015.08.032. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0160252715001429>, Acesso em: 03 jul. 2019.

- PINKER, Steven (2019): *The enlightenment now: the case for reason, science and humanism*. Penguin Random Science, United Kingdom.
- SZASZ, Thomas (2011): *Suicide prohibition: the shame of medicine*. Syracuse University Press, New York.
- UNITED NATIONS (1948): *Universal declaration of human rights*. Disponível em: <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>, Acesso em: 12 ago. 2019.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION (2018): *Latest data on suicide*. Disponível em: [http://www.who.int/mental\\_health/suicide-prevention/en/](http://www.who.int/mental_health/suicide-prevention/en/), Acesso em: 05 ago. 2019.

# O MEIO AMBIENTE ARTIFICIAL E A SAÚDE FÍSICA E MENTAL DO TRABALHADOR LATINO AMERICANO

## THE ARTIFICIAL ENVIRONMENT AND THE PHYSICAL AND MENTAL HEALTH OF THE LATIN AMERICAN WORKER

Milton Marcelo Hahn<sup>1</sup> Rosilma Menezes Roldan<sup>2</sup>  
Marcelo Lamy<sup>3</sup>

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2020\)09](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)09)

### RESUMO:

Esse trabalho tem como objetivo investigar o impacto causado na saúde física e mental do trabalhador pelo meio ambiente artificial, influenciado por fatores como poluição sonora, poluição atmosférica, poluição hídrica, assédio moral, confinamento, esforços repetitivos, e buscar formas de mitigação desses fatores que possam, ao desequilibrar o meio ambiente, contribuir para o desenvolvimento de várias doenças, já estudadas e publicadas em diversos artigos científicos. As relações entre saúde/doença mental e vulnerabilidade social são muito complexas e exigem uma série de reflexões e contextualizações para ser compreendidas. O fato é que, nas últimas décadas, o número de pessoas expostas a acontecimentos traumáticos aumentou de maneira significativa à medida que várias formas de violência vêm engolfando as populações civis no mundo inteiro, o que constitui um ônus adicional persistente que conduz a doenças, mortes e invalidez.

### ABSTRACT

This paper aims to investigate the impact on the physical and mental health of workers by the artificial environment, influenced by factors such as noise pollution, air pollution, water pollution, bullying, confinement, repetitive efforts, and seek ways to mitigate these factors can, by unbalancing the environment, contribute to the development of various diseases, already studied and published in several scientific articles. The relationships between health/mental illness and social vulnerability are very complex and require a series of reflections and

1 Pesquisador; Advogado; Mestrando em Direito da Saúde pela Universidade Santa Cecília; Pós-Graduado em Economia e Gestão de Saúde pela Faculdade de Saúde Pública (USP); Membro Titular da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa – CONEP (Vinculado Santa Casa de Santos/SP); Membro do Grupo de Pesquisa CNPq "Direitos Humanos e Desenvolvimento Sustentável" (Unisanta); Membro Colaborador da Rede Ibero-Americana de Direito Sanitário (Unisanta); e Relator da Presidência do Tribunal de Ética e Disciplina XIV Turma da OAB/SP. E-mail: saudemmh@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2059-3408>.

2 Pesquisadora; Membro do Grupo de Pesquisa CNPq "Direitos Humanos e Desenvolvimento Sustentável"; Mestre em Direito da Saúde (Universidade Santa Cecília); Coordenadora do Projeto Respirando Vida (Universidade Santa Cecília); Advogada; Especialista em Direito Penal e Direito Público (ESMPESP); Bacharel em Direito (Unisantos); Instituição de origem: Universidade Santa Cecília. E-mail: rosilmaroldan@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4429-3189>.

3 Professor Permanente e Vice Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Saúde da Universidade Santa Cecília; Líder do Grupo de Pesquisa CNPq "Direitos Humanos e Desenvolvimento Sustentável"; Coordenador do Laboratório de Políticas Públicas da Universidade Santa Cecília; Advogado; Doutor em Direito Constitucional (PUC-SP). Mestre em Direito Administrativo (USP). Bacharel em Direito (UFPR); Instituição de origem: Universidade Santa Cecília; ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0001-8519-2280> e-mail: marcelolamy@unisanta.br

contextualizations to be understood. The fact is that, in recent decades, the number of people exposed to traumatic events has increased significantly as various forms of violence engulf civilian populations worldwide, thus contributing to a persistent additional burden of disease, death and disability.

**PALAVRAS-CHAVE:** Meio ambiente do trabalho; Saúde do trabalhador; Direito ambiental; Direito à saúde; Medicina do trabalho.

---

**KEY WORDS:** Artificial environment; Worker's health; Environmental law; Right to health; Occupational medicine

## **I. Introdução**

O meio ambiente artificial tem impactos na saúde mental e física do trabalhador, direito humano fundamental, garantido na Constituição Federal de 1988. Inúmeros artigos científicos publicados alertam para a relação entre um meio ambiente equilibrado e a produtividade, a satisfação, a criatividade, a competitividade, e até o lucro das empresas<sup>4</sup>.

O meio ambiente artificial abriga fatores que podem contribuir para o desequilíbrio do que se entende como um meio ambiente saudável, direito humano fundamental inalienável, como a poluição sonora, a poluição atmosférica, a poluição hídrica, o assédio moral, o confinamento, os esforços repetitivos. O direito ao meio ambiente equilibrado e saudável faz parte do mínimo existencial que compõe a dignidade humana<sup>5</sup>.

Brandão<sup>6</sup> afirma que a proteção à saúde do trabalhador deva ser entendida como direito fundamental, embora seja garantia recente, já que, na segunda metade do século XVIII e início do século XIX, o Estado, ainda ausente na tutela dos direitos individuais e econômicos, incentivava a livre iniciativa e a concorrência. O trabalhador, então, segundo o autor, vivia em extrema penúria, mera mercadoria sujeita às regras da oferta e da procura, sem qualquer proteção estatal, que se limitava a manter a ordem social e política.

A legislação da época privilegiava o individualismo, o materialismo, a autonomia da vontade e a garantia do direito de propriedade. No início do século XIX, Brandão<sup>6</sup> relata as primeiras iniciativas legislativas: Moral and Health Act, de 1802, na Inglaterra, pioneira na proteção aos trabalhadores; o Factory Act, de 1833, também na Inglaterra, destinado às empresas têxteis que utilizavam força hidráulica e a vapor; leis de acidente do trabalho, na Alemanha, em 1884.

A criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) – 1919 – foi fundamental para o direito à proteção da saúde do trabalhador. No preâmbulo de sua constituição, destaca-se a necessidade de proteção dos trabalhadores contra as enfermidades gerais ou profissionais e os acidentes resultantes do trabalho, dispositivo reproduzido na Declaração de Filadélfia, de 1944<sup>4</sup>.

---

4 DEJOURS, Christophe (2015): A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho. 6ª Ed. São Paulo: Cortez.

5 ROLDAN, R. M. A poluição atmosférica e o direito à mitigação de seus impactos na saúde humana por coberturas vegetadas e por arborização. Dissertação de Mestrado apresentada em 13.02.2019, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito da Saúde, Universidade Santa Cecília, orientador: Prof. Dr. Marcelo Lamy.

6 BRANDÃO, Claudio (1999): Meio ambiente do trabalho saudável: direito fundamental do trabalhador. Revista do Tribunal Regional do Trabalho 1.ª Região. V. 21, n.º 49, pp 89/99.

A evolução do direito à proteção da saúde do trabalhador, iniciada pela criação da OIT, teve seu marco relevante a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 10/12/1948. A DUDH incorporou o conceito da dignidade, como fundamento dos direitos humanos, que veio a ser incluído em todos os tratados e declarações internacionais de direitos humanos<sup>5</sup>.

## II. Metodologia.

Para a coleta de dados, utilizou-se a pesquisa bibliográfica. Fez-se uma revisão de dados e de artigos científicos que respondem às indagações:

O direito à saúde do trabalhador é direito humano fundamental?

Quais os principais fatores, no meio ambiente artificial, que podem ter impacto na saúde física e mental do trabalhador?

Quais são as possíveis medidas de mitigação aos danos causados à saúde do trabalhador por um meio ambiente do trabalho desequilibrado?

Em que medida se conhecem os benefícios da implantação de medidas de mitigação frente aos impactos nocivos de um meio ambiente do trabalho desequilibrado?

## III. Legislação.

A partir da Primeira Guerra Mundial, o movimento operário firmou bases sólidas e atingiu significativa força política, na correlação de forças patrão/empregado; a organização dos trabalhadores passou a considerar como prioridade o direito a viver, ainda que as condições de vida não fossem as mesmas para toda a classe trabalhadora. Surge, então, uma frente específica para lutar pelo direito à saúde do trabalhador, em que a proteção do corpo seja a principal preocupação<sup>4</sup>. A partir desse entendimento, “salvar o corpo dos acidentes, prevenir as doenças profissionais e as intoxicações por produtos industriais, assegurar aos trabalhadores cuidados e tratamentos convenientes”, antes reservados apenas às classes altas, tornaram-se o eixo prioritário sobre o qual vão-se desenvolver as lutas nessa frente pela saúde<sup>4</sup>.

A Primeira Guerra (1914/1918) tornou-se um marco, porque forçou um salto qualitativo na produção industrial, pelas necessidades da guerra, principalmente o desfalque de mão-de-obra, pelos mortos e feridos, as reconstruções, a readaptação dos inválidos na produção, o que causou uma mudança na relação homem/trabalho.

Aqui cabe citar o taylorismo e suas consequências, tanto sobre a saúde do corpo como sobre a saúde mental. Diz Dejours<sup>4</sup> que, ao separar, radicalmente, o trabalho intelectual do trabalho manual, o sistema Taylor neutraliza a atividade mental dos trabalhadores. O autor relata que:

[...]

Deste modo, não é o aparelho psíquico que aparece como primeira vítima do sistema, mas sobretudo o corpo dócil e disciplinado, entregue, sem obstáculos, à injunção da organização do trabalho, ao engenheiro de produção e à direção hierarquizada do comando. Corpo sem defesa, corpo explorado, corpo fragilizado pela privação de seu protetor natural, que é o aparelho mental. Corpo doente, portanto, ou que corre o risco de tornar-se doente<sup>4</sup>.

[...]



As leis, então, surgem para substituir essa proteção natural prejudicada pela separação mente/corpo. A guerra ajuda no sucesso de iniciativas em prol da proteção da mão-de-obra seriamente desfalcada pelo *front*. Os principais avanços ocorrem em relação à jornada de trabalho, à medicina do trabalho e à indenização dos acidentes de trabalho.

Dejours<sup>4</sup> cita Albert Thomas que, em 1916, consegue reduzir a jornada de trabalho para 8 horas por dia e constata que, a partir dessa mudança, a produção aumenta.

A lei de 1898 (acidentes de trabalho) previa a criação de ambulatórios de fábricas a cargo dos seguros privados. Os decretos de 1913 obrigam as empresas a fazer exames pré-admissionais e de controle, em período laboral. Em 1915, surgem as bases da medicina do trabalho, com inspeção médica das fábricas de guerra, organizada por Albert Thomas.

No fim da guerra, leis importantes surgem: reconhecimento das doenças profissionais (1919); criação de uma comissão de higiene industrial (1919); criação de um comitê consultivo de seguros contra os acidentes de trabalho.

A partir da lei de 1903, começa surgir a tendência em favor da atenuação dos perigos e da insalubridade, no sentido de sanar as causas de acidente e de doença, que, em 1919, modificada em 1951, obriga as máquinas perigosas a terem dispositivos de proteção de eficácia reconhecida.

A semana de 40 horas é votada em 1936, e férias pagas, acordos instituem convenções coletivas e delegados de pessoal, reconhecendo o direito à livre adesão aos sindicatos e o direito à greve.

A Segunda Guerra Mundial também traz medidas sociais relativas à saúde dos trabalhadores, com a institucionalização da Medicina do Trabalho (1946), da Previdência Social (1945), dos Comitês de Higiene e de Segurança (1947).

Atualmente, além da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988, podem-se listar algumas leis, normas, instruções normativas que visam à proteção da saúde física e mental do trabalhador, no Brasil, em relação aos fatores que possam vir a impactá-la:

- Portaria n.º 3214/78 – NR Ministério do Trabalho – NR 15 (85 dB) – poluição sonora e poluição atmosférica.
- Lei n.º 6938/81 – art. 3.º - definição de poluição, poluidor, degradação ambiental, preservação ambiental (Plano Nacional do Meio Ambiente).
- Várias Resoluções do CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente) e Normas da ABNT (Associação Brasileira de Normas e Técnicas).
- NBR 10.151 e 10.152.
- Resolução CONAMA 01/90.
- NBR 8969 – poluição atmosférica.
- CONAMA 08/90, 382/06, 436/11 – poluição atmosférica.
- NR 17 e 32 – assédio moral.
- Lei n.º 12.250/2016 – assédio moral.
- NR 17 – esforços repetitivos.
- Instrução Normativa n.º 98, de 05.12.2003, do Ministério de Previdência Social (revê a NT sobre LER-DORT aprovada pela OS INSS/DSS n.º 606/98).
- Convenções da OIT – ratificadas pelo Brasil:

- Convenção OIT 006 – Trabalho noturno das crianças na indústria
- Convenção OIT 029 – Trabalho forçado ou obrigatório
- Convenção OIT 042 – Sobre indenização das moléstias profissionais
- Convenção OIT 155 – Sobre a segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho
- Convenção OIT 159 – Reabilitação profissional e emprego de pessoas deficientes
- Convenção OIT 161 – Sobre Serviços de Saúde do Trabalho
- Convenção OIT 162 – sobre a Utilização do Amianto com Segurança
- Convenção OIT 182 – Piores formas de trabalho infantil
- Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência
- Consolidação das Leis do Trabalho – Decreto – Lei 5.452/43
- Consolidação das Leis do Trabalho Lei 13.467/2017

#### IV. Resultado e Discussão.

Como resposta à primeira indagação, sobre se o direito à saúde do trabalhador é direito humano fundamental, a Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu artigo 6º, sobre o direito à saúde, como direito social, a todos os cidadãos, e em seu artigo 7º, sobre direitos específicos do trabalhador, complementando o entendimento sobre o direito à saúde do trabalhador como direito humano fundamental, prevendo proteção especial, seguro e indenização, quando exposto a situações de risco.

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (CNUMAD), que ocorreu no Rio de Janeiro, em 1992 (Rio-92), destacou a necessidade da implementação do desenvolvimento sustentável, tendo como absoluta prioridade a proteção ao meio ambiente de trabalho, o meio ambiente conexo e a promoção do desenvolvimento econômico e social.

À segunda indagação, quanto aos principais fatores, no meio ambiente artificial, que possam ter impacto na saúde física e mental do trabalhador, pode-se iniciar a responder, a partir do artigo publicado por Pasternak<sup>7</sup> que destaca a habitação e o meio ambiente têm profundo impacto na saúde humana: é estimado que se passem 80% a 90% do dia em meio ambiente construído e a maioria desse tempo em casa. Assim, riscos em relação à saúde nesse ambiente são de extrema relevância. O papel da habitação para a saúde é ainda realçado porque são justamente os mais vulneráveis (doentes, idosos, crianças, inválidos) que lá passam a maior parte do seu tempo.

Os principais fatores são a poluição sonora, a poluição atmosférica, a poluição hídrica, o assédio moral, o confinamento, os esforços repetitivos, a rotina, o medo, o sofrimento, a insegurança.

A poluição sonora é um dos fatores que pode desequilibrar um meio ambiente saudável, e é recorrente no meio ambiente artificial, onde, na maioria das situações, desenvolve-se o trabalho humano. A Organização Mundial de Saúde (OMS-WHO) alerta para a potencialidade deletéria da poluição sonora sobre a saúde física e mental do indivíduo, principalmente dos mais vulneráveis, como as crianças, idosos, deficientes físicos e mentais.

A OMS vem alertando sobre os efeitos nocivos da poluição sonora sobre o organismo humano desde a década de 80 (WHO-Community-Noise-1999)<sup>8</sup>:

7 Pasterna. (2016k, Suzana). Habitação e saúde. Estudos Avançados, Scielo 30(86), pp 51-66. <https://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142016.00100004>.

8 O Organização Mundial da Saúde(2002): Children's health and the environment: A review of evidence. De [www.eea.europa.eu/publications/environmental\\_issue\\_report\\_2002\\_29](http://www.eea.europa.eu/publications/environmental_issue_report_2002_29), Data de consulta: 10/05/2019.

O que é ruído? O ruído é um som indesejado ou desagradável. Geralmente, os sinais acústicos que produzem uma sensação agradável (música, sinos) são reconhecidos como "som" e os sons desagradáveis como "ruído" (por exemplo: produzido por uma máquina ou avião). Ele pode ser um poluente e estressor ambiental, e o significado do som é importante para determinar a reação de diferentes indivíduos a um mesmo som. A música de uma pessoa é o ruído de outra<sup>9</sup>.

De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS-WHO), os efeitos adversos podem ser danos diretos, indiretos e déficits cognitivos. Podem danificar o sistema auditivo humano, a ponto da perda total de audição. Golpes diretos nos ouvidos, ruídos muito altos (martelo pneumático ou broca, armas de fogo, foguete) e sons repentinos mais intensos podem destruir o tímpano e danificar as células ciliadas da cóclea, ignorando os reflexos protetores. Um trauma agudo pode causar uma lesão para toda a vida. Um ruído momentâneo é mais prejudicial do que um contínuo, porque ignora a reação protetora natural, o amortecimento dos ossículos mediados pelo nervo facial. Um ruído alto pode resultar em diminuição temporária da sensibilidade da audição e zumbido, mas a exposição repetida pode transformar essas condições temporárias em permanentes (surdez parcial ou total). O estresse provocado pelo ruído excessivo frequente e duradouro pode levar a déficits cognitivos e a doenças neuronais degenerativas.

A contaminação de ruído ou a poluição sonora é um conceito que indica níveis nocivos de excesso de ruído, intenso o suficiente para causar danos.

A poluição sonora pode levar também a perturbação do sono, alterações emocionais e sociais, com reflexo na produtividade no trabalho, no humor, na interação com as pessoas, na convivência familiar, podendo evoluir para transtornos mentais<sup>10</sup>.

A poluição atmosférica pode levar a várias comorbidades e até a morte, como obesidade, doenças cardiovasculares, diabetes, doenças pulmonares, e até doenças e transtornos mentais, como Alzheimer e Parkinson, por exemplo<sup>5</sup>.

O local de trabalho, por não ser opção do trabalhador, e pelo fato de ser ele obrigado a ficar 2/3 da sua vida confinado àquele espaço, em que desempenha suas funções laborais, deve ser livre de poluição de qualquer tipo, inclusive a hídrica, tanto para saciar a sede do trabalhador, como para sua higiene. A poluição hídrica também pode trazer muitas morbidades, principalmente a diarreia, que, além de diminuir a produtividade, é responsável por grande porcentagem de absenteísmo.

Outro fator que merece destaque é o assédio moral, que é a humilhação pública do trabalhador, seja por que motivo for, reiteradas vezes, que prejudica a produtividade, as relações sociais no trabalho, a colaboração entre as equipes de trabalho, o ambiente salutar entre as pessoas, contaminando com insegurança, desconfiança, constrangimento, podendo evoluir até para a violência e a demissão. O assédio moral não se confunde com o assédio sexual, tipificado como crime, no artigo 216 do Código

---

9 O Organização Mundial da Saúde (2001) National Institute of Public Health Denmark. Health Effects of Noise on Children and Perception of the Risk of Noise. De [https://www.who.int/ceh/capacity/v1\\_ruído.pdf](https://www.who.int/ceh/capacity/v1_ruído.pdf), data de consulta: 12/05/2019.

10 ZAJARKIEWICCH, Daniel Fernando Bondarenc (2010): Poluição sonora urbana: principais fontes. Aspectos jurídicos e técnicos. Dissertação de Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, SP.

Penal, que também prejudica o meio ambiente saudável e equilibrado do trabalho, mas envolve relação de hierarquia, no trabalho.

O confinamento, presente na maioria dos locais de trabalho, inerente à própria condição de determinados trabalhos, que é o impedimento temporário, por toda, ou quase toda, a duração diária da atividade laboral, do direito de ir e vir, pode se tornar fator que atualize um distúrbio latente, funcionando o trabalho, nesse caso, como um provocador ou agravador de uma doença pré-existente<sup>11</sup>.

Carvalho<sup>12</sup> aponta que as condições de trabalho e a forma como este é executado, tanto do ponto de vista físico como organizacional, são fatores que dão origem a doença intitulada como Síndrome de Burnout, que vem acometendo trabalhadores no mundo inteiro, em razão do aumento das pressões do dia a dia, onde a competição instigada pelas metas pessoais e em time acelera ainda mais o ritmo de trabalho, fazendo surgir ou agravando as condições físicas e psíquicas dos trabalhadores.

Os esforços repetitivos são fatores que podem levar a inúmeras doenças musculares e esqueléticas, assim também levar a transtornos mentais, por causa da rotina, da insegurança, do medo de ser prejudicado no emprego ou ficar desempregado. Por isso, muitos trabalhadores escondem a doença de seu empregador ou do médico do trabalho, evitando fazer a CAT (Comunicação de Acidente de Trabalho), para não ficar estigmatizado como funcionário pouco produtivo ou pouco assíduo<sup>4</sup>.

Outros fatores podem ser apontados como associados a impactos à saúde física e mental do trabalhador, como o desconforto térmico, a iluminação inadequada, móveis desconfortáveis.

Em relação à terceira indagação, pode-se dizer que há necessidade de aplicarem-se medidas mitigatórias, visando a diminuir tais impactos, incluindo apoio psicológico, para neutralizar a insegurança e o temor da demissão e do desemprego, pois o trabalho, assim como pode trazer ao indivíduo muita satisfação, pode também trazer sofrimento e dor física e mental<sup>4</sup>.

A quarta indagação nos remete a alguns resultados obtidos em relação ao aumento de produtividade, quanto mais se utilizam medidas mitigatórias dos impactos dos fatores supramencionados. Pode-se também mencionar a diminuição do absenteísmo, das doenças associadas à poluição sonora, atmosférica, hídrica e aos esforços repetitivos<sup>4</sup>.

Em relação às medidas mitigatórias e compensatórias, citam-se o uso de biomarcadores sensíveis; tecnologias de proteção e segurança coletiva; medidas de segurança individual; inovação no *design* industrial; tecnologias de gerenciamento de riscos; planos de emergência e acidentes ampliados; sistema de acompanhamento; método de acompanhamento; capacidade institucional; serviço de referência em atenção à saúde; indicadores para acompanhamento de riscos<sup>13</sup>.

11 MINISTÉRIO DA SAÚDE DO BRASIL (2001): Doenças Relacionadas ao Trabalho. MS/BR Brasília/DF – Brasil.

12 CARVALHO, Edson Henrique de (2019): Síndrome de Burnout: Condições de Trabalho e os Problemas Jurídicos. Dissertação de Mestrado, Universidade Santa Cecília, Santos, São Paulo.

13 SILVA, José Marcos da; SANTOS, Mariana Olívia Santana dos; AUGUSTO, Lia Giraldo da Silva and GURGEL, Idê Gomes Dantas(2013): Desenvolvimento sustentável e saúde do trabalhador nos estudos de impacto ambiental de refinarias no Brasil. Saude soc. [online]. 2013, vol.22, n.3, pp.687-700.<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-1290201300030000>.

Menciona-se também a importância dos debates públicos e da presença do psiquiatra ou do psicólogo, imprescindíveis para organizar espaços de discussão no próprio local de trabalho, a partir da visão do trabalhador, que visem a melhorar as condições de trabalho, ajudando os trabalhadores a elaborar sua relação com o trabalho e aperfeiçoar a própria organização do trabalho<sup>4</sup>.

### **V. Considerações Finais**

O ser humano depende do trabalho para sustentar a si mesmo e sua família. Além disso, o trabalho pode trazer muito prazer, na medida em que permite ao ser humano realizar seu objetivo profissional, aperfeiçoando-se na carreira, aprofundando sua técnica e seu conhecimento, em sua área, e ampliando-o em áreas afetas.

O trabalho traz também o convívio social, o estreitamento dos vínculos com os colegas, a capacidade de trabalhar em equipe, compartilhando conhecimento com os iniciantes e aprendendo com os mais experientes.

No entanto, as condições de trabalho nem sempre são ideais. A rotina e a rapidez com que se espera que o trabalhador conclua suas tarefas acabam por separar corpo de mente, que fica, de certa forma, dominada pelo corpo.

A luta pela sobrevivência do trabalhador vai de encontro a duração excessiva do trabalho. A luta pela saúde física, corporal, do trabalhador leva à denúncia das condições de trabalho.

A divisão do trabalho, o conteúdo das tarefas, a hierarquia, o comando, as relações de poder, as responsabilidades fazem parte da organização do trabalho. É a dominação da vida mental do trabalhador pela organização do trabalho que pode levar ao sofrimento mental.

O comportamento livre, em que o corpo e a mente agem conforme os desejos do próprio trabalhador, é que qualifica a orientação na direção do prazer, restabelecendo a união corpo e mente.

A dominação não é consciente, é preciso conhecê-la, estudá-la. O sofrimento advindo da dominação mental pela organização do trabalho só será superado, quando for plenamente conhecido pelos próprios trabalhadores, auxiliados pelos gestores e pelos profissionais da saúde (psiquiatras, psicólogos) e assistentes sociais, pois sem ajuda não conseguirão, ocupados em seus esforços para garantir a produção, como nos alerta Dejours<sup>4</sup>.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

---

- BRANDÃO, Claudio (1999): Meio ambiente do trabalho saudável: direito fundamental do trabalhador. Revista do Tribunal Regional do Trabalho 1.ª Região. V. 21, n.º 49, pp 89/99.
- CARVALHO, Edson Henrique de (2019): Síndrome de Burnout: Condições de Trabalho e os Problemas Jurídicos. Dissertação de Mestrado, Universidade Santa Cecília, Santos, São Paulo.
- DEJOURS, Christophe (2015): A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho. 6ª Ed. São Paulo: Cortez.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE DO BRASIL (2001): Doenças Relacionadas ao Trabalho. MS/BR Brasília/DF – Brasil.
- Organização Mundial da Saúde(2002): Children's health and the environment: A review of evidence. De [www.eea.europa.eu/publications/environmental\\_issue\\_report\\_2002\\_29](http://www.eea.europa.eu/publications/environmental_issue_report_2002_29), Data de consulta: 10/05/2019.
- Organização Mundial da Saúde (2001) National Institute of Public Health Denmark. Health Effects of Noise on Children and Perception of the Risk of Noise.De [https://www.who.int/ceh/capacity/v1\\_ruido.pdf](https://www.who.int/ceh/capacity/v1_ruido.pdf), data de consulta: 12/05/2019.
- Pasterna. (2016k, Suzana). Habitação e saúde. Estudos Avançados, Scielo 30(86), pp 51-66. <https://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142016.00100004>
- ROLDAN, Rosilma Menezes (2019) A poluição atmosférica e o direito à mitigação de seus impactos na saúde humana por coberturas vegetadas e por arborização. Dissertação de Mestrado, Universidade Santa Cecília, Santos, São Paulo.
- SILVA, José Marcos da; SANTOS, Mariana Olívia Santana dos; AUGUSTO, Lia Giraldo da Silva and GURGEL, Idê Gomes Dantas(2013): Desenvolvimento sustentável e saúde do trabalhador nos estudos de impacto ambiental de refinarias no Brasil. Saude soc. [online]. 2013, vol.22, n.3, pp.687-700.<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-1290201300030000>
- ZAJARKIEWICCH, Daniel Fernando Bondarenc (2010): Poluição sonora urbana: principais fontes. Aspectos jurídicos e técnicos. Dissertação de Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, SP.

# AS INTERVENÇÕES CIRÚRGICAS REALIZADAS NO BRASIL EM INTERSEXUAIS RECÉM-NASCIDOS E O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DE PERSONALIDADE: A PRELENTE NECESSIDADE DE MEDIAÇÃO SANITÁRIA

## SURGICAL INTERVENTIONS CARRIED OUT IN BRAZIL IN NEWBORN INTERSEXUALS AND THE RIGHT TO FREE DEVELOPMENT OF PERSONALITY: THE NEED OF A HEALTH MEDIATION

**Sandra Martini<sup>1</sup> Laércio da Silva<sup>2</sup> Márcia Wingert<sup>3</sup>**

**DOI:** [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2020\)10](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)10)

### RESUMO:

O presente artigo tem como objetivo realizar um estudo envolvendo as intervenções cirúrgicas realizadas em intersexuais recém-nascidos e a mediação sanitária. Utilizar-se-ão os métodos hipotético-dedutivo, hermenêutico e argumentativo, em vertente jurídico-sociológica e jurídico-projetiva. Em primeira abordagem, faz-se um breve esboço acerca dos intersexuais e seu direito à existência. Em seguida, as questões envolvendo o direito ao corpo e à saúde, bem como a possibilidade de mediação sanitária, serão aventadas. Ao final, serão apresentadas as conclusões.

### ABSTRACT

This paper aims to conduct a study involving surgical interventions performed on newborn intersexuals and health mediation. The hypothetical-deductive, hermeneutic and argumentative methods will be used, in the juridical-sociological and juridical-projective way. In the first approach, a brief foreshortening is made about intersexuals and their right to exist. Then, issues involving the right to body and health, as well as the possibility of health mediation, will be raised. At the end, the conclusions will be presented.

<sup>1</sup> Possui graduação em Ciências Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, mestrado em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, doutorado em Evoluzione dei Sistemi Giuridici e Nuovi Diritti pela Università Degli Studi di Lecce, Pós-doutorado em Direito e Pós-doutorado em Políticas Públicas. E-mail: srmartini@terra.com.br. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-5437-648X>.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito no Zentrum für Deutschland und Europastudien, DAAD Alemanha-Brasil. Membro do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - BRASILCON - e do Instituto de Defesa do Consumidor - IDEC. Ex-presidente da Associação Baiana de Defesa do Consumidor - ABDECON. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Bolsista CAPES. Advogado. E-mail: laercio.neto@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0737-5895>.

<sup>3</sup> Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Bacharel em Direito pela Escola Superior do Ministério Pública - FMP. Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Membro do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - BRASILCON. Advogada. E-mail: wingert.marcia@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1227-4327>.

PALAVRAS-CHAVE: Intersexuais; Recém-nascidos; Intervenção cirúrgica; Corpo; Mediação sanitária.

---

KEY WORDS: Intersexuals; Newborns; Surgical intervention; Body; Health mediation

## I. Introdução

Ser intersexual significa possuir, organicamente, uma mistura entre o sexo feminino e o sexo masculino, de modo a que não seja possível definir o sexo do ser humano de maneira clara dentro do espectro binário, é dizer, ou homem ou mulher. Essa pode ocorrer tanto em razão da genitália, ambígua entre os dois sexos, como em relação à conformação genética, XX ou XY, ou ainda no que diz respeito às características hormonais, em que se pode verificar hormônios femininos em corpos masculinos, vice-versa.

Atualmente, cerca de 1,7% da população mundial<sup>4</sup> é intersexual, o que significa, dentro de um universo de 7,7 bilhões de seres humanos no globo terrestre<sup>5</sup>, um contingente de aproximadamente 130 milhões de pessoas mundo afora. A grande quantidade de seres humanos nascidos no estado de intersexualidade convida o Direito, assim como a Medicina e demais searas profissionais a repensarem o modo como lidam, se apenas ignoram, a intersexualidade.

O Conselho Federal de Medicina do Brasil detém resolução, de nº 1.664/2004<sup>6</sup>, que versa sobre “as normas técnicas necessárias para o tratamento de pacientes portadores de anomalias de diferenciação sexual”<sup>7</sup>. No referido documento, indica-se que “são consideradas anomalias da diferenciação sexual as situações clínicas conhecidas no meio médico como genitália ambígua, ambigüidade genital, intersexo, hermafroditismo”<sup>8</sup>, citando também outros elementos caracterizadores. Além disso, dispõe a resolução em comento que “pacientes com anomalia de diferenciação sexual devem ter assegurada uma conduta de investigação precoce com vistas a uma definição adequada do gênero”<sup>9</sup>, pontuando também que “para a definição final e adoção do sexo dos pacientes com anomalias de diferenciação faz-se obrigatória a existência de uma equipe multidisciplinar”<sup>10</sup>.

Assim, pretende o presente artigo abordar a temática da intersexualidade, notadamente no que toca às intervenções cirúrgicas realizadas no Brasil em recém-nascido intersexuais, e seus impactos no corpo, saúde e identidade pessoal. Aspectos referentes ao direito de personalidade do ser humano dentro do contexto da intersexualidade serão enfrentados, buscando-se uma maneira mais humana de vivência da intersexualidade.

---

4 Disponível em: <https://oiieurope.org/>. Acesso em 21 set. 2019.

5 Disponível em: <https://nacoesunidas.org/populacao-mundial-deve-chegar-a-97-bilhoes-de-pessoas-em-2050-diz-relatorio-da-onu/>. Acesso em 21 set. 2019.

6 Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2003/1664\\_2003.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2003/1664_2003.htm). Acesso em 12/08/2019.

7 Idem.

8 Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2003/1664\\_2003.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2003/1664_2003.htm). Acesso em 12/08/2019.

9 Idem.

10 Idem.



## 1. Os intersexuais e seu direito à identidade

O presente tópico se debruçará sobre os intersexuais *de per se*, ou seja, em si mesmos, realizando-se de fato breve escorço acerca dessa categoria de pessoas que também compõem a comunidade LGBTI. Além disto, serão visitados e estudados os direitos de personalidade da pessoa humana, mais particularmente, no cotejo, quanto ao aspecto da identidade pessoal e seus reflexos nas pessoas intersexuais.

### a. Breve escorço acerca dos intersexuais

Em obra dedicada ao tema, Maria Berenice Dias preleciona que “a busca de respeito à diversidade de gênero é um movimento crescente e sem volta. Cada vez mais abrangente, está em crescente mudança”<sup>11</sup>. Abordar as questões que tangenciam a intersexualidade, nesse contexto, é declaradamente importante. Veja-se que “no Brasil, apesar de algumas resistências, só agora houve a inserção das pessoas intersexo, não só na designação, mas nos próprios movimentos sociais”<sup>12</sup>, de modo a que “todas essas ampliações significam conquistas de visibilidade e de direitos. Porém, esses avanços não têm contemplado os intersexuais, que ainda não alcançaram o reconhecimento”<sup>13</sup>. Assim, os intersexuais ainda estão em etapa inicial de conquista de direitos básicos, se pode inferir.

Nesse sentido, continuando em suas explanações, discorre a autora no sentido de que “Qual o sexo? Esse é o primeiro questionamento feito ao obstetra. É o que todos perguntam a uma mulher grávida”<sup>14</sup>. Continuando com sua narrativa, explicita que “quando do nascimento é que se constata alguma ambiguidade surpresa isso assombra os pais, pois idealizaram ter uma menina ou um menino”<sup>15</sup>. Nesses casos, alerta a doutrinadora “o que deveriam fazer era procurar um profissional da área psicossocial, para aprenderem a lidar com o filho, de modo a que ele não venha a sofrer”<sup>16</sup>. A notícia da chegada de um filho intersexual, sem dúvidas, demanda especial atenção e uma postura diferente do comum.

Seguindo em suas reflexões, aponta a autora que, o que se observa, nessas situações, é a prática de se recorrer à medicina e à intervenção cirúrgica. “Como se vive em uma sociedade binária, que acredita ser formada somente por homens ou mulheres, perceber que um filho não corresponde a um desses estereótipos gera o desejo de corrigi-lo”<sup>17</sup>. Assim, comumente, há uma tendência natural no sentido de buscar se adequar o intersexual, obrigatoriamente, dentro de um dos dois sexos postos, ou masculino ou feminino. Desta forma, “a verdadeira razão, o que leva os pais a buscar correção do que consideram uma anomalia, é não querer um filho sem uma identidade definida anatomicamente”<sup>18</sup>. A ânsia por uma definição de sexo é tamanha que se prefere, de pronto, por uma cirurgia de designação sexual em um recém-nascido.

Atente-se que “apesar de serem consideradas corretivas, de fato, tais cirurgias são

11 DIAS, Maria Berenice (2019): *Intersexo*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, p.23.

12 DIAS, Maria Berenice (2019): *Intersexo*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, p.23.

13 Idem, p. 24.

14 Idem, p. 24.

15 Idem, p. 24.

16 Idem, p. 24.

17 Idem, p. 24.

18 Idem, p. 24.

mutiladoras. A finalidade é meramente estética, afrontando o direito de escolha<sup>19</sup>, apontando a autora, no particular, “tanto que, não é incomum, ao chegar à adolescência, por não se identificarem com o sexo aleatoriamente eleito, os médicos sejam questionados sobre a escolha feita”<sup>20</sup>. É dizer, “fazer a correção genital é uma violência”<sup>21</sup>. Definir o sexo de um recém-nascido, quando este ainda vivenciará diversas etapas da sua vida e possivelmente se indagará acerca de qual é a sua real identidade, significa se apropriar da identidade de terceiro, furtar-lhe a possibilidade de genuinamente ser e existir de *per si*.

Na empreita, enfatiza Maria Berenice Dias “ora, não é dado a ninguém o direito de definir o que a natureza não identificou. Ninguém tem o condão de mudar a alma de quem tem uma identidade que ultrapassa a concepção limitada do binarismo identificatório”<sup>22</sup>. E de fato, se a conformação natural do corpo intersexual é o da mistura entre os sexos masculino e feminino, e se não há risco à saúde da pessoa humana nestes moldes, não seria justificável uma intervenção cirúrgica – bastante agressiva, afirme-se – para, obrigatoriamente, a designação de um sexo, é dizer, ou masculino ou feminino. Nesse sentido, advoga a citada autora que “é chegada a hora de as pessoas intersexo buscarem reconhecimento, visibilidade, respeito e inclusão no laço social mediante a tutela jurídica do direito de serem como são”<sup>23</sup>. E alguém só pode ser o que, genuinamente, é, se houver o direito pleno ao seu livre desenvolvimento de personalidade, sem ser obrigado a ser submetido a cirurgias visando a moldar a aspecto do sexo de sua personalidade.

Note-se que “a ambiguidade genital que se apresenta na corporalidade da pessoa intersexual questiona os pressupostos do binarismo como natural conformação dos corpos humanos”<sup>24</sup>. Dando seguimento às suas reflexões, apontam os autores, por conseguinte que “a intersexualidade permite compreender a atuação do gênero como mediação no acesso a direitos, como categoria excludente que acaba por selecionar quais corpos importam para o Direito e quais, por outro lado, não importam”<sup>25</sup>. É dizer, “questiona-se em que ponto um corpo materialmente existente no mundo torna-se inapreensível juridicamente (e socialmente)”<sup>26</sup>.

Necessário reconhecer que o intersexual aponta com exatidão aspecto que não é apreensível pelo Direito e nem bem dirimido na vida em sociedade, qual seja, a vivência da neutralidade no que diz respeito às definições do sexo, estar fora dos espectros masculino ou feminino. Ser neutro no que diz respeito a regras binárias, vivenciando-se uma posição entre os sexos, mas sem ser nenhum dos dois exatamente, não é permitido pelo Direito, sendo também rechaçado socialmente, rejeita-se, repulsa-se o intersexual do tecido social. Exige-se uma adequação, ou masculino ou feminino.

---

19 Idem, p. 25.

20 Idem, p. 25.

21 Idem, p. 25.

22 DIAS, Maria Berenice (2019): *Intersexo*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 27.

23 Idem, p. 27.

24 Idem, p. 85.

25 Idem, p. 85.

26 Idem, p. 85.

## 2. O direito à identidade pessoal do intersexual

Os direitos da personalidade estão previstos no Capítulo II, entre os art. 11 e 21 do Código Civil Brasileiro, e dizem respeito a caracteres da pessoa humana, como o seu nome, prenome, imagem, honra, dentre outros<sup>27</sup>, sendo intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária, nos termos da Lei. Estão protegidos, ainda, os citados direitos, pelo art. 5º, X, da Constituição Federal do Brasil, onde se lê que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”<sup>28</sup>.

Ensina a doutrina, no que diz respeito aos direitos de personalidade, que “direito fundamental da pessoa é o da identidade, que inaugura o elenco dos direitos de cunho moral, exatamente porque se constitui no elo entre o indivíduo e a sociedade em geral”<sup>29</sup>. Nesse sentido, “o nome e outros sinais identificadores da pessoa são os elementos básicos de que dispõe o público para o relacionamento normal, nos diversos núcleos possíveis: familiar, sucessório”<sup>30</sup>, cumprindo duas funções importantes, “a da individualização da pessoa e a de evitar confusão com outra. Possibilita seja a pessoa imediatamente lembrada, mesmo em sua ausência e a longas distâncias”<sup>31</sup>. Portanto, “o bem jurídico tutelado é a identidade, que se considera como atributo ínsito à personalidade humana”<sup>32</sup>.

A definição do sexo de uma pessoa ou a indicação de sua intersexualidade é elemento de compõe o espectro da identidade de alguém e necessita estar amparado e protegido pelo universo dos direitos da personalidade, diz respeito à identidade pessoal, não o podendo ser de pronto sufragado. No cotejo, esclarece a doutrina que “se trata de um direito de ser si mesmo (*diritto ad essere se stesso*), entendido este como o respeito à imagem da pessoa participante da vida em sociedade, com a aquisição de ideias e experiências pessoais”<sup>33</sup>. Este direito de ser a si, abrange, nitidamente, a vivência, registro e afirmação no seio social da intersexualidade do ser humano, uma verdadeira personalidade intersexual em toda a sua extensão, por assim dizer.

Giza a doutrina, no particular, que este direito à identidade pessoal “abrange traços distintivos da mais variada ordem, como estado civil, etnia, orientação sexual, impressões digitais, ideologia política, crença religiosa e assim por diante”<sup>34</sup>. Nesse sentido, “a identidade pessoal deve ser vista em perspectiva funcional e dinâmica, voltada a promover e garantir uma fidedigna apresentação da pessoa humana, em sua inestimável singularidade”<sup>35</sup>. Assegurar o direito à identidade pessoal, portanto, perpassa, de maneira dinâmica e funcional, por essas mais variadas ordens do universo individual, que individualizam e dão vida a pessoa humana, vista em sua totalidade.

---

27 Recomenda-se a seguinte obra: BORGES, Roxana Brasileiro (2007): Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada, Editora Saraiva, São Paulo.

28 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 23 de ago. 2019.

29 BITTAR, Carlos Alberto (2015): Os direitos da personalidade, Editora Saraiva, São Paulo, p. 195.

30 Idem, p. 195.

31 Idem, p. 195.

32 Idem, p. 195.

33 SCHREIBER, Anderson (2014): Direitos da personalidade. Editora Atlas S.A., São Paulo, p. 214.

34 SCHREIBER, Anderson (2014): Direitos da personalidade. Editora Atlas S.A., São Paulo, p. 220.

35 Idem, p. 220.

Veja-se que “falar sobre sexualidade e direito evoca um arsenal teórico que pretende a desconstrução dessas redes de controle e normalização dos indivíduos pelos marcadores de sexo/gênero”<sup>36</sup>, de modo a que se rompa “com uma realidade de violência sistematizada contra pessoas LGBTI. Situações de discriminação e preconceito, de marginalização, de ódio social e de repúdio institucionalizado”<sup>37</sup>. O intersexual, por possuir sua identidade dentro de um espectro neutral, nem masculino e nem feminino, conseqüentemente é forçado a se enquadrar a um dos dois, e isto furta o direito de ser a si mesmo, de escolher manter-se originalmente intersexual.

Nesse sentido, atente-se que “se empreendêsemos em uma análise de cunho jurídico sobre as demandas LGBTI, isto é, se partíssemos em busca dos fundamentos e dos princípios que subjazem em tais pretensões”<sup>38</sup>, notar-se-á que “se tratam, sem qualquer ressalva, de direitos cuja garantia se dá *prima facie* quando se trata de indivíduos heterossexuais (sem aqui mencionar os recortes de classe e etnia)”<sup>39</sup>. É dizer, não se cogita de ação judicial para reconhecimento do estado do sexo masculino ou do sexo feminino, nem para a união afetiva entre home e mulher – ou, ainda, a criminalização do que poderia se cogitar chamar de “heterofobia”.

Na empreitada, vale ressaltar que “a maioria dos sistemas sexuais de todo o mundo admitem apenas dois sexos – o masculino e o feminino. Isto tem sido aceito como verdade dogmática e reproduzido por quase todas as pessoas”<sup>40</sup>. No entanto, “este binarismo vem sendo quebrado, e os dogmas em torno do sexo e da sexualidade estão sendo desconstituídos a partir de um novo olhar sobre as sexualidades, possibilitando projetar muitos primas”<sup>41</sup>. De fato, reduzir a norma jurídica, ou o ordenamento jurídico, aos espectros estanques de heterossexualidade ou homossexualidade, ou ainda masculino e feminino, não abarca a complexidade da vida humana e sua efetiva variedade.

Pode-se afirmar, a este ponto, que “a efetividade dos direitos e garantias considerados fundamentais pelo ordenamento jurídico brasileiro, cuja fundamentação se radica na dignidade da pessoa humana, está condicionada ao tipo de pessoa”<sup>42</sup>. Aclara o autor, no cotejo, afirmando “se essa categoria de direitos fundamentais possui aplicabilidade imediata conforme comando constitucional, se a sua proteção e garantia estão previstas em âmbito internacional”<sup>43</sup>, mas, contudo, “sua eficácia e efetividade se restringem apenas a um grupo muito estreito de indivíduos, cujo marcador comum, nesse caso específico, é a sexualidade”<sup>44</sup>, é possível afirmar, por conseqüente, “que estamos diante de um ordenamento jurídico heteronormativo”<sup>45</sup>. Reconhecer a heteronormatividade do ordenamento jurídico brasileiro, em vista de tratá-la sob a égide dos direitos

---

36 ARAÚJO, Dhyego Câmara de (2018): “Heteronormatividade jurídica e as identidades LGBTI sob suspeita”, em Revista Direito Práxis, n. 2, vol. 9, Rio de Janeiro, p. 642.

37 Idem, p. 642.

38 Idem, p. 646.

39 Idem, p. 646.

40 DIAS, Maria Berenice (2019): Intersexo. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, p.29.

41 DIAS, Maria Berenice (2019): Intersexo. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, p.29.

42 ARAÚJO, Dhyego Câmara de (2018): “Heteronormatividade jurídica e as identidades LGBTI sob suspeita”, em Revista Direito Práxis, n. 2, vol. 9, Rio de Janeiro, p. 642.

43 Idem, p. 647.

44 Idem, p. 647.

45 Idem, p. 647.

fundamentais e da dignidade da pessoa humana, permitindo a fluidez da personalidade intersexual, por exemplo, é adequado e necessário.

## **II. O conceito de saúde do intersexual e a mediação sanitária**

No seguinte trecho, analisaremos como direito à saúde é reconhecido na Constituição Federal de 1988 (CRFB) e seu imediato reflexo vida dos intersexuais. Por fim, abordar-se-á como a mediação sanitária pode ser solução a fim de assegurar a concretização desse direito especialmente aos intersexuais.

### **1. O Direito à Saúde do Intersexual**

O conceito de saúde – que na mitologia grega estava associada à cura – embora ainda seja recorrentemente confundido com a medicina, está em processo de evolução, à medida que a própria sociedade determina e se adequa aos padrões de saúde que atendam às suas necessidades. Somente em 1946, quando a Organização Mundial de Saúde (OMS) garantiu, no preâmbulo de sua Constituição, que a “saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”, reconheceu a essencialidade do equilíbrio interno e do ser humano com o ambiente (bem-estar físico, mental e social) para a definição dos aspectos que abrangem a proteção da saúde. Deste modo, saúde deixou de ser significado de ausência de doença.

O direito à saúde deixa de estar ligado à convicção de existência de enfermidade, e passa a ser reconhecido como parte de um compilado de relações de direitos e deveres do Estado. A matéria do direito à saúde não é conteúdo absolutamente inovador ao Direito Constitucional brasileiro, antes de 1988, já competia à União legislar sobre defesa e proteção da saúde. Entretanto, a normativa restringia-se às organizações administrativas de combate às endemias e epidemias.

O direito à saúde passou a ser objeto de um pacto, a Constituição da Organização Mundial de Saúde de 1946, em que foi concretizado o conceito de saúde como direito humano e universal, passo importante para que as futuras Constituições também reconhecessem tal prerrogativa à saúde das nações. Segundo Silva<sup>46</sup> a Constituição Italiana de 1948 foi a precursora em reconhecer o direito à saúde como fundamental ao indivíduo e, também, de interesse coletivo (art. 32). Após, a Constituição portuguesa de 1976 tratou de conceder o reconhecimento fundamental do direito à saúde (art. 64), dando-lhe uma formulação ainda mais precisa do que a espanhola de 1978 (art. 43) e a da Guatemala de 1985 (arts. 93-100).

Como um direito fundamental, o direito à saúde tem legitimidade autogenerativa, isto é, “[...] produto de preocupações humanistas que se desbordam dos limites de cada Estado”<sup>47</sup>. O que evidencia, ainda, o caráter supranacional do direito à saúde que pode, inclusive, ser protegido e defendido por meio de cortes internacionais de direitos humanos. A CRFB de 1988 submeteu o direito à saúde ao conceito de seguridade social e está disposta na Seção II do Capítulo II “Da Seguridade Social”, visando a ações e a meios que a assegurem e a tornem eficaz. Conforme previsto no artigo 196 da CRFB de 1988 a saúde é direito de todos e dever do Estado. Assim, como os demais direitos fundamentais sociais, o direito à saúde tem natureza positiva, o que exige do Estado prestações para o cumprimento do direito.

46 SILVA, José Afonso da (2008): Curso de direito constitucional positivo, Editora Malheiros, São Paulo.

47 DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano (2010): Direito sanitário, Editora Verbatim, São Paulo: Verbatim, p.68.

Embora a diferença sexual não seja uma doença ou uma condição médica em si, ainda continua assim sendo tratada. As práticas sanitaristas relativas aos intersexuais nos indicam que estão direcionadas para a doença e não à saúde. Constata-se que “as diferenças orgânicas ou relativas à peculiaridade desta experiência são quase sempre ressaltadas como limitações e quase nunca como potencialidades”<sup>48</sup>. A ênfase quanto ao direito dos intersexuais ainda está atrelada somente à lógica bioética, escapando do respaldo dos direitos sociais, uma vez que não é possível vislumbrar práticas sistemáticas de promoção à saúde destinadas a esse grupo específico.

A definição da intersexualidade como enfermidade demonstra uma sociedade que compreende o corpo apenas como feminino e masculino e a estigmatização de que se o corpo não segue esses padrões femininos ou masculinos não são ditos como normais, enfrentando-se como um corpo distorcido, anormal e estranho. O critério de normalidade perpassa, portanto, quanto a desvios dos padrões biológicos culturalmente delimitados.

## 2. A possibilidade de mediação sanitária

Os estereótipos sexuais criados pela sociedade são precursores de conflitos naqueles que se encontram da condição de intersexualidade. A mediação sanitária, caracterizada principalmente pela validação das reais necessidades dos indivíduos, é meio capaz de tratar a intersexualidade não como doença em si, que precisa ser controlada e combatida, e sim com o devido enfrentamento da complexidade cultural que a condição do intersexual representa.

Assim, a mediação sanitária coloca profissionais da área da saúde, médicos, gestores da administração pública, a utilizar todo o conhecimento técnico disponível para promover a satisfação do intersexual, partindo-se do princípio de que “a falta de um consentimento informado dos pacientes tem como consequência o efeito de calar suas vozes e suas necessidades”<sup>49</sup>.

Ressalta-se, portanto, uma sugestão à possibilidade de resolução da atenção à saúde do intersexual, diante da evidência de que “a decisão ou experiência do próprio sujeito intersexual perante as condutas terapêuticas ou cirúrgicas são pouco abordadas nas pesquisas científicas”<sup>50</sup>. De modo geral, a mediação é “agente de democratização da sociedade”<sup>51</sup>.

No atendimento à pessoa intersexual “tanto os artigos internacionais quanto os nacionais desta área ressaltam a preponderância da cultura no processo de construção de significados relativos ao corpo, identidade e gênero”<sup>52</sup>. o que resalta a necessidade da mediação sanitária.

---

48 CANGUCU-CAMPINHO, Ana Karina; BASTOS, Ana Cecília de Sousa Bittencourt; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira (2009): “O discurso biomédico e o da construção social na pesquisa sobre intersexualidade”, Editora Physis, Rio de Janeiro, v. 19, n. 4, p. 1145-1164.

49 Machado, P.S. “Quimeras” da ciência: a perspectiva de profissionais da saúde em casos de intersexo. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 20, n. 59, out 2005b, p. 77.

50 CANGUCU-CAMPINHO, Ana Karina; BASTOS, Ana Cecília de Sousa Bittencourt; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira (2009): “O discurso biomédico e o da construção social na pesquisa sobre intersexualidade”, Editora Physis, Rio de Janeiro, v. 19, n. 4, p. 1149.

51 SANTOS, B. S. Pela mão de Alice (2005): o social e o político na pós-modernidade, Editora Cortez, São Paulo, p. 157.

52 CANGUCU-CAMPINHO, Ana Karina; BASTOS, Ana Cecília de Sousa Bittencourt; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira (2009): “O discurso biomédico e o da construção social na pesquisa sobre intersexualidade”, Editora Physis, Rio de Janeiro, v. 19, n. 4, p. 1150.

Atinente aos desafios relativos à conduta médica diante do caso de intersexo, a mediação sanitária propõe meio adequado de resolução de questões tais como o aos aspectos legais e jurídicos do intersexo, haja vista que a noção de intersexualidade inclui uma heterogeneidade de diagnósticos, incluindo cirurgia mutiladora e reparadora, a necessidade do consentimento do paciente ou responsável, além das especificidades relativas ao registro civil da criança intersexual, inclusive a intersecção e articulação entre o saberes biomédico e jurídico. Um exemplo desta necessidade diz respeito à própria elaboração do registro civil, que é sustentada por laudos médicos que sugerem a designação do sexo.

Preconizado o estabelecimento de políticas sociais e econômicas de saúde pelos órgãos legislativo e executivo, no sentido de assegurar a todos o acesso igualitário e universal às prestações do Sistema Único de Saúde. É problemático definir os contornos do que constitui o objeto do direito à saúde com respaldo de que o direito à vida e à dignidade da pessoa humana são identificados como o núcleo essencial de todos os direitos fundamentais sociais.

Ademais, importa para essa reflexão é que a efetivação dos direitos sociais não é um problema exclusivamente jurídico; na verdade, trata-se de um problema político. Os direitos fundamentais sociais carecem de integração legislativa ordinária, ou seja, necessita de mediação legislativa para se tornar exigível. Cabe, tão somente, ao Poder Judiciário, como partícipe na construção do Estado Social, o controle das omissões administrativas.

### **III. Conclusões**

A questão da intersexualidade ficou apartada da academia, sendo objeto de estudo só mesmo na literatura médica. Agora, devido aos avanços da compreensão do que é saúde no mundo moderno, tem chegado à academia, através de uma abordagem interdisciplinar, a vida do intersexual.

À guisa de conclusão, pode-se dizer que a proteção da saúde dá-se de forma desigual aos intersexuais, ainda que seja igualmente direito garantido pela CFRB, uma vez que a própria abordagem da proteção ao direito à saúde do intersexual é equivocada. Considerando a alta complexidade do fenômeno intersexual, a abordagem por meio da mediação sanitária é o mecanismo que pode deter maior sucesso na garantia da saúde do intersexual, possibilitando a construção da identidade do intersexual conforme suas vontades individuais.

De um modo geral, a criação de modos singulares de fruição da vida é o meio pelo qual podemos garantir o direito à saúde na sua integralidade à sociedade. Neste contexto, a mediação sanitária possibilita um diálogo entre as disciplinas, que lidem com as diversidades de identidade e orientação sexual.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

- ARAÚJO, Dhyego Câmara de (2018): "Heteronormatividade jurídica e as identidades LGBTI sob suspeita", em Revista Direito Práxis, n. 2, vol. 9, Rio de Janeiro.
- ATRIA, Fernando (2005): ¿Existen Derechos Sociales? Discusiones: Derechos Sociales, num. 4.
- BITTAR, Carlos Alberto (2015): Os direitos da personalidade, Editora Saraiva, São Paulo.
- BORGES, Roxana Brasileiro (2007): Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada, Editora Saraiva, São Paulo.
- CANGUCU-CAMPINHO, Ana Karina; BASTOS, Ana Cecília de Sousa Bittencourt; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira (2009): "O discurso biomédico e o da construção social na pesquisa sobre intersexualidade", em Revista Physis, n. 4, v. 19, Rio de Janeiro, p. 1145-1164.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA DO BRASIL. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2003/1664\\_2003.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2003/1664_2003.htm). Acesso em 12/08/2019
- CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 23 de ago. 2019.
- DIAS, Maria Berenice (2019): Intersexo. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.
- MACHADO, P.S. (2005): "Quimeras da ciência: a perspectiva de profissionais da saúde em casos de intersexo", em Revista Brasileira de Ciências Sociais, n. 59, v. 20.
- ORGANISATION INTERSEX INTERNATIONAL EUROPE. Disponível em: <https://oiieurope.org/>. Acesso em 21 set. 2019.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/populacao-mundial-deve-chegar-a-97-bilhoes-de-pessoas-em-2050-diz-relatorio-da-onu/>. Acesso em 21 set. 2019.
- SANTOS, B. S (2005): Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade, Editora Cortez, São Paulo.
- SCHREIBER, Anderson (2014): Direitos da personalidade, Editora Atlas S.A., São Paulo.
- SILVA, José Afonso da (2008): Curso de direito constitucional positivo, Editora Malheiros, São Paulo.



# A (DES)CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO: UMA QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA<sup>1</sup>

## THE (DES)CRIMINALIZATION OF ABORTION: A PUBLIC HEALTH ISSUE

**Laís Dockorn Nunes Pereira<sup>2</sup> Giovana Knorst Chaves<sup>3</sup>  
Janaína Machado Sturza<sup>4</sup>**

**DOI:** [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2020\)11](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)11)

### RESUMEN:

El aborto es una práctica que se perpetúa a través del tiempo, siendo tratada de maneras diferentes y específicas en cada momento histórico. Hoy en día, en Brasil y la mayor parte de América Latina, el aborto ilegal e inseguro sigue siendo un grave problema de salud pública, porque aun siendo ilegal, se practica y su solución es un reto que permea el requisito de medidas urgentes en el proceso de despenalización. El objetivo general de esta investigación es describir la relación entre el aborto y la salud pública en Brasil, (des) penalización la perspectiva de la influencia de los derechos humanos, destacando la salud de las mujeres, la falta de planificación familiar y las consecuencias. Esta investigación se caracteriza como estudio bibliográfico, tomando como método de enfoque la investigación deductiva, a través de la doctrinaria, documental y el uso de datos y herramientas disponible en Internet..

### ABSTRACT

Abortion is a practice that is perpetuated through time, being treated in different and specific ways in each historical moment. Today, in Brazil and in most of Latin America, illegal and unsafe abortion is still a serious public health problem, because even being illegal, it is practiced and its solution is a challenge that permeates the requirement of urgent measures in the process of discrimination. The general objective of this research is to describe the relationship between abortion and public health in Brazil, from the perspective of (dis) criminalization, from the influence of human rights, highlighting women's health, lack of family planning and its consequences. This research is characterized as a bibliographical study, having as a method

1 Artigo elaborado a partir do projeto de pesquisa "A complexa efetivação do direito à atenção básica em saúde no Brasil: paradoxos teóricos e normativos", apoiado pelo PIBIC/CNPq, a ser desenvolvido no período de agosto de 2018 à julho de 2021, junto ao Programa de Pós Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos da Unijui/RS.

2 Graduanda em Direito pela UNIJUI. Bolsista PIBIC/CNPq do projeto "A complexa efetivação do direito à atenção básica em saúde no Brasil: paradoxos teóricos e normativos". E-mail: laisdockorn@gmail.com; ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8653-3024>.

3 Graduanda em Direito pela UNIJUI. Bolsista PIBIC/CNPq do projeto "A complexa efetivação do direito à atenção básica em saúde no Brasil: paradoxos teóricos e normativos". Integrante do grupo de pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos. E-mail: giovanaknorst@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9619-1275>.

4 Pós doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Doutora em Direito pela Escola Internacional de Doutorado em Direito e Economia Tullio Ascarelli, da Universidade de Roma Tre/Itália. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas também pela UNISC. Graduada em Direito pela UNISC. Professora na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI, lecionando na graduação em Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado. Integrante do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (CNPq). E-mail: janasturza@hotmail.com; ORCID iD: <http://orcid.org/0000-001-9290-1380>.

of approach the deductive, through doctrinarian research, documentation and the use of data and search tools made available on the Internet.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos; Planificación familiar; Salud de la mujer.

KEY WORDS: Human rights; Family planning; Woman's health

## I. Introdução

O aborto é uma prática que se perpetua através do tempo, sendo tratado de formas diferentes e específicas em cada momento histórico. Razão de diversos conflitos e posicionamentos, tal ato envolve, além de aspectos culturais, aspectos éticos, morais, religiosos, médicos e jurídicos. Ao longo de muitos anos, a gravidez foi considerada como algo sagrado. Inclusive, em vários momentos históricos, as mulheres eram endeusadas por terem o “poder” de gerar uma nova vida. No entanto, muitas não desejavam manter sua gestação e recorriam a abortos, em sua maioria clandestinos, em situações precárias, provocando graves sequelas a sua saúde física e psicológica. No Brasil, pode-se perceber que ao longo da história, o conteúdo relativo ao aborto, seja em momentos de ditadura ou de democracia, sempre foi regido por uma sociedade patriarcal.

Assim, essa pesquisa tem como objeto geral descrever a relação entre o aborto e a saúde pública no Brasil, sob a perspectiva da (des) criminalização a partir dos direitos humanos, destacando os aspectos históricos do aborto no Brasil, a saúde da mulher, a carência de planejamento familiar e suas consequências, visto que diante de tantas outras normativas que caracterizam marcos para a proteção de mulheres vulneráveis em situação de aborto, ainda não foram atingidos idealmente. Percebe-se, assim, um estático desenvolvimento do aborto no país, uma vez que não há avanços, mas também não há retrocessos.

## II. Resultados e discussões

### 1. Conceito de aborto

Segundo o AbcMed<sup>5</sup>, o aborto é a interrupção precoce da gravidez, resultando na morte do conceito ou sendo causada por ela. Já para o site Politize!<sup>6</sup>, o aborto é a interrupção de uma gravidez antes que ela se complete, ou seja, a expulsão do embrião ou do feto antes que ele se desenvolva totalmente, isso de um ponto de vista médico.

Conforme o Ministério da Saúde, o aborto é a interrupção da gravidez até a 20<sup>a</sup> ou 22<sup>a</sup> semana, com o produto da concepção pesando menos de 500 g, sendo este eliminado no processo de abortamento. De acordo com o dicionário jurídico DireitoNet<sup>7</sup>, o aborto consiste na interrupção da gravidez com a consequente morte do produto da concepção, que pode ser realizada pela própria gestante ou terceira pessoa.

5 Site AbcMed, artigo aborto: O que é? Como é feito? Quais são os riscos? Como age a (pílula do dia seguinte)? 14 jun, 2013. Disponível em: < <https://www.abc.med.br/p/saude-da-mulher/359669/aborto+o+que+e+como+e+feito+quais+sao+os+riscos+como+age+a+quot+pilula+do+dia+seguinte+quot.htm> >.

6 Site Politize!, artigo aborto: entenda tudo sobre essa questão. 17 nov, 2016. Disponível em: < <https://www.politize.com.br/aborto-entenda-essa-questao/> >.

7 Dicionário jurídico online, conceito de aborto. 18 ago, 2009. Disponível em: < <https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/2/Aborto> >.

Nesse sentido, nota-se que o a palavra aborto, apesar das poucas letras, traz muito impacto, sendo sempre necessitado o seu conceito acompanhado. Por fim, constata-se que aborto vem do latim “ab-ortus”, e transmite a idéia de privação do nascimento, interrupção voluntária da gravidez, com a morte do produto da concepção.

## **2. Aspectos históricos do aborto no Brasil**

É de suma importância que se comente a respeito dos aspectos históricos do aborto no Brasil, principalmente nas décadas de 1964 a 1985, como também em 1985 até os dias de hoje. Seja no duro período da ditadura, ou no período democrático, o aborto sempre existiu, e, apesar das evoluções mundo afora, infelizmente o mesmo foi e continua sendo um grande tabu em meio a sociedade brasileira, assim como em grande parte da América Latina.

De 1964 a 1979, não existia, praticamente, nenhum debate público a respeito do aborto. Apesar das poucas falas, o Executivo chegou a decretar um novo Código Penal, em 1969, que não entrou em vigor, mantinha a incriminação do aborto, com exceção dos dois permissivos do código anterior, mas alterava as punições, introduzia controles do Estado para o aborto permitido por lei e aumentava a pena para a mulher que provocasse o auto-aborto (ROCHA, 2006, p. 370). Igualmente, no âmbito da sociedade civil, a discussão também era restrita, pois não existiam correntes que se manifestassem publicamente. Nem mesmo as feministas discutiam sobre o assunto, muito se vale pelo fato da época, pois aqui se relata os acontecimentos no auge da ditadura.

Entre 1979 e 1985, novas mudanças de pensamento ocorreram no campo político. No entanto, nada foi relacionado diretamente ao aborto. Nesse sentido, o Ministério da Saúde, em 1983, formulou um programa, chamado Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (Paism). Nele, era possível perceber algumas breves referências acerca da questão, encontradas no diagnóstico apresentado sobre a saúde da população feminina no país, em que se constatava a falta de informações a respeito do tema. (ROCHA, 2006, p. 370). Naquela época, as informações focavam as formas de prevenção da gravidez indesejada, para que não fossem realizados abortamentos, além do foco no planejamento familiar, métodos contraceptivos e controle de natalidade do país.

A partir de 1985 até 1989, o Brasil passava por uma transição democrática, abandonando o governo autoritário e dando boas-vindas à democracia. Nesse período, houve melhorias de instituições por meio da Assembleia Nacional Constituinte, que passaram a considerar um pouco mais a questão do aborto em meio as discussões sociais.

Entre 1985 e 1989, a sociedade civil passou a aparecer e a atuar em face do Estado. Os direitos das mulheres entraram na agenda política dos poderes Executivo e Legislativo e novos direitos foram assegurados na Constituição de 1988. (ROCHA, 2006, p. 371). A partir daí, a discussão sobre o aborto tomou novas proporções, essencialmente no tocante do embate entre o movimento feminista e as entidades religiosas. Com o fim da ditadura militar, em 1985, as mulheres ampliaram sua luta para ocupar espaços políticos na esfera do Executivo, exercendo um papel fundamental na Assembleia Nacional Constituinte, em relação aos movimentos de mulheres e seus direitos. Vale ressaltar que, nesse cenário, foi criado o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM). (ROCHA, 2006, p. 371).

Em 1989 se inicia uma nova fase na configuração do Estado e da sociedade. A Constituição Cidadã abriu horizontes para transformações a serem realizadas pelos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário). A democracia acabou por trazer algumas significativas mudanças na feição das discussões e decisões sobre os direitos das mulheres e, nesse quadro, sobre a questão do aborto. (ROCHA, 2006, p. 372). O que se sabe é que, durante o tempo mencionado, o aborto ganhou mais visibilidade, passou a ser discutido e conhecido pela sociedade. Porém, quanto à legislação, as mudanças não se deram na mesma intensidade, exceto pelo fato de que conseguiu-se estabelecer normas técnicas e criar serviços que procuram garantir o acesso ao aborto previsto em lei e o atendimento das mulheres em situação de abortamento. (ROCHA, 2006, p. 374). Nota-se que o que impede as mudanças legais são as tendências opostas ao aborto que tencionam o Parlamento para que nada seja feito. Não há avanços, mas o lado positivo é que também não há retrocessos.

Com a democracia, a sociedade civil conquistou voz, mesmo que muitos direitos não foram ainda totalmente conquistados. Mas se o avanço, mesmo que pequeno, for levado em conta, o povo caminha na busca de seus direitos e todo passo mesmo que curto, já é um motivo de vitória. Afinal, o Brasil é uma sociedade essencialmente patriarcal e, para que tal padrão seja superado, são necessários cada vez mais debates acerca desta problemática.

### 3. Uma questão de saúde pública

Nos dias atuais, no Brasil e na maior parte da América Latina, o aborto clandestino e inseguro é ainda um grave problema de saúde pública, e sua solução é um desafio que perpassa a exigência de medidas urgentes no processo de descriminalização. (DOMINGOS e MERIGHI, 2010, p. 178). Para Pimenta e Vilella (2012, p. 2)

A dignidade humana e os direitos fundamentais da mulher, considerando-se que a vida do feto, em geral, deve ser protegida e reconhecendo que a educação na área da sexualidade e da reprodução é comprovadamente a única política pública que apresenta resultados satisfatórios na redução da incidência do aborto, conclui-se que qualquer legislação que vise a diminuir a realização de abortamentos, deve ser preventiva e não punitiva.

Dessa maneira, evidencia-se que a principal problemática referente ao aborto fundamenta-se em uma questão de saúde pública, bem como a sua forma de realização, que na maioria dos casos ocorre de forma clandestina e sem segurança, já que mesmo sendo ilegal, ele é praticado. Destarte, o ato de abortar de forma insegura pode ser considerado uma injustiça social e fere os direitos humanos.

Segundo o IAG, Instituto Alan Guttmacher<sup>8</sup>, entidade americana que estuda a questão do aborto no mundo, cerca de 1 milhão de mulheres abortam todos os anos no Brasil. Mas a questão principal é: quantas mulheres morrem por ano por causa de abortos feitos em locais clandestinos e quantas ficam com sequelas para o resto da vida por abortos maus feitos?

---

8 VARELLA, Mariana. Artigo aborto: um problema de saúde pública. Site UOL, página Doutor Dráuzio Varella Disponível em: <<https://drauziovarella.uol.com.br/para-as-mulheres/aborto-um-problema-de-saude-publica/>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), a proibição do aborto não é eficaz para combater sua prática. Muito pelo contrário, leis restritivas estão associadas com altas taxas de abortos inseguros, que conseqüentemente levam a morte ou a complicações físicas e psicológicas irreversíveis. Portanto, deve-se lembrar que a mulher merece uma vida digna e saudável e que a criminalização do aborto não contribui para que isso seja de fato garantido.

Para melhor entender os fatos é preciso da análise de alguns números em relação ao aborto no Brasil. Conforme a Pesquisa Nacional de Aborto 2016, realizada através de um levantamento domiciliar que combina técnica de urna e entrevistas face-a-face com mulheres de 18 a 39 anos, evidencia-se que o aborto é um fenômeno frequente e persistente entre as mulheres de todas as classes sociais, grupos raciais, níveis educacionais e religiões: na faixa etária de 35 a 39 anos, aproximadamente 18% das mulheres já abortou. Entre as de 38 e 39 anos a taxa sobe a quase 19%. No entanto, nota-se que há uma frequência maior do último aborto entre as mulheres jovens, com 29% dos abortos ocorrendo em idades que vão de 12 a 19 anos, 28% dos 20 aos 24 anos, caindo para abaixo a partir dos 25 anos. (DINIZ, MEDEIROS, MADEIRO, 2016, p. 655).

No ponto de vista econômico e social, vivemos em um país extremamente desigual, e essa disparidade é vista significativamente quando analisamos o aborto no Brasil. Mulheres de classes mais altas conseguem abortar, pelo menos, com o mínimo de higiene e segurança, no ponto de vista médico. Porém, quando o aborto é feito em mulheres pobres, o quadro é outro. Como essas mulheres não têm condições financeiras, acabam abortando em qualquer lugar, sendo expostas e sujeitas a todo tipo de agressão, seja física ou psicológica. Além disso, segundo Domingos e Merighi (2010, p. 178)

A clandestinidade transforma o aborto em um negócio lucrativo, garantindo a impunidade para aqueles que o realizam. Quem tem maior poder aquisitivo utiliza as clínicas especializadas e têm acesso a uma assistência qualificada, enquanto quem não tem condições financeiras busca pessoas não habilitadas e métodos abortivos rudimentares [...].

Segundo o Ministério da Saúde (2009, p. 16), “as mulheres organizadas reivindicaram, portanto, sua condição de sujeitos de direito, com necessidades que extrapolam o momento da gestação e parto, demandando ações que lhes proporcionassem a melhoria das condições de saúde em todas os ciclos de vida”. Ao contrário, percebe-se que a prática do aborto se constitui como forma discriminação e violência contra as mulheres em vários serviços de saúde. Segundo Santos (2013, p. 499), a precariedade e demora na assistência, pouco interesse dos médicos e das equipes em escutar e orientar as mulheres, além da discriminação verbal, são comportamentos identificados em vários profissionais e clínicas de saúde.

Ademais, gastos com a saúde de mulheres que fizeram abortos maus sucedidos são muito elevados. Segundo o ginecologista Jefferson Drezett<sup>9</sup>, coordenador do Ambulatório de Violência Sexual e de Aborto Legal do Hospital Pérola Byington, em São Paulo, “os recursos que gastamos para tratar graves complicações do aborto clandestino

---

9 VARELLA, Mariana. Op cit. Disponível em: <<https://drauziovarella.uol.com.br/para-as-mulheres/aborto-um-problema-de-saude-publica/>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

são muito maiores que os recursos de que precisaríamos para atender as mulheres dentro de um ambiente seguro e minimamente ético e humanizado”. Outrossim, Santos (2013, p. 495) afirma que:

Ações relacionadas à saúde da mulher, como o planejamento familiar, vinculadas à atenção primária, são parte das responsabilidades mínimas da gestão municipal, conforme define a Norma Operacional da Assistência à Saúde do Sistema Único de Saúde (SUS). Entretanto, alguns municípios não têm conseguido implantar e programar estratégias adequadas para o fornecimento de anticoncepcionais à população nem garantir o acompanhamento desses [...]

Dessa maneira, o que explica em parte o grande número de abortos provocados no Brasil são as deficiências dos programas oficiais de planejamento familiar, que não educam. (TELAROLLI, 1997, p. 97). Sem a contracepção correta e sem o acompanhamento e o planejamento adequado – apesar deste último estar previsto pela Constituição Federal, em seu artigo 226, parágrafo sétimo e também pela Lei nº 9.263, de 1996 -, muitas mulheres engravidam e abortam em seguida pois não possuem o amparo que necessitam. Assim, as complicações de saúde decorrentes dos abortos, são a primeira causa de mortalidade materna na América Latina, inclusive no Brasil. (TELAROLLI, 1997, p. 98).

### III. Conclusão

A defesa em torno da descriminalização do aborto acontece ao redor da questão de tratá-lo como um problema de saúde pública e permitir que a mulher o realize conforme for sua vontade, até certo período da gestação, assim, ocorrendo de forma segura para mulher, sem a colocar em risco e preservando sua saúde psicológica. Com efeito, pode-se constatar que a proibição do aborto não possui eficácia para que a prática seja impedida, conforme rege a Organização Mundial da Saúde (OMS), uma vez que, as complicações de saúde decorrentes dos abortos, são a primeira causa de mortalidade materna na América Latina, inclusive no Brasil. Ora, pois, salienta-se que a criminalização intensifica a mortalidade materna e o número de abortos provocados.

Assim, enfrentar o fenômeno do aborto como uma questão de saúde pública significa entendê-lo como uma questão de cuidados em saúde e não como um ato de infração moral de mulheres. Precisamos tirar isso dos paradigmas religiosos e morais e tratá-lo como um problema social, disponibilizando a assistência que for necessária. Por fim, diante da pesquisa realizada, infere-se que os objetivos requeridos foram atingidos, uma vez que, foi possível constatar que as mulheres grávidas, sendo um grupo vulnerável, merecem exercer seus direitos de modo efetivo, cabendo ao Estado propor esta garantia. Assim, o direito à vida vem sendo flexibilizado afim de assegurar direitos, como o direito à liberdade e sexualidade da mulher, já que a inviolabilidade prevista do direito à vida não é absoluta.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- ANJOS, Karla Ferraz dos; SANTOS, Vanessa Cruz; SOUZAS, Raquel; EUGÊNIO, Benedito Gonçalves (2013): Aborto e saúde pública no Brasil: reflexões sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro, v. 37, n. 98, pp. 504-515. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v37n98/a14v37n98.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2019.
- BRASIL. Ministério da Saúde (2009): Política nacional de atenção integral à saúde da mulher: princípios e diretrizes. Disponível: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica\\_nacional\\_mulher\\_principios\\_diretrizes.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_mulher_principios_diretrizes.pdf)>. Acesso em: 23 abr. 2019.
- CHADE, Jamil (2017): Proibição não reduziu abortos, constata OMS. Estadão, Suíça. Disponível em: <<https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,proibir-aborto-nao-reduz-numero-de-ocorrencias-diz-oms,70002018731>>. Acesso em: 23 abr. 2019.
- DINIZ, Debora. MEDEIROS, Marcelo. MADEIRO, Alberto (2016): Pesquisa Nacional de Aborto 2016. Artigo Especial, pp. 653-660. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>>. Acesso em: 22. Abr. 2019.
- DOMINGOS, Selisvane; MERIGHI, Miriam (2010): O aborto como causa de mortalidade materna: um pensar para o cuidado de enfermagem. Rio de Janeiro, pp. 177-181. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-81452010000100026](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-81452010000100026)>. Acesso em: 22 abr. 2019.
- ROCHA, Maria Isabel Baltar (2006): A discussão política sobre aborto no Brasil: uma síntese. R. bras. Est. Pop, v. 23, n. 2, p. 369-374, São Paulo. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbepop/v23n2/a11v23n2.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2019.
- SANDI, Stella de Faro; BRAZ, Marlene (2010): As mulheres brasileiras e o aborto: uma abordagem bioética na saúde pública. Revista Bioética, v. 18, n. 1, pp. 131-153. Disponível em: < [http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/541/527](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/541/527)>. Acesso em: 23 abr. 2019.
- SANTOS, Vanessa Cruz; ANJOS, Karla Ferraz dos; SOUZA, Raquel; EUGÊNIO, Benedito Gonçalves. (2013): Criminalização do aborto no Brasil e implicações à saúde pública. Revista de Bioética, vol. 21, no. 3, pp. 494-508. Brasília. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n3/a14v21n3.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2019.
- TELAROLLI, Rodolpho (1997): Mortalidade infantil: uma questão de saúde pública. São Paulo. Editora Moderna.
- VARELLA, Mariana. Artigo aborto: um problema de saúde pública. Site UOL, página Doutor Drauzio Varella. Disponível em: <<https://drauziovarella.uol.com.br/para-as-mulheres/aborto-um-problema-de-saude-publica/>>. Acesso em: 22 abr. 2019.
- VILLELA, Wilza; PIMENTEL, Sílvia (2012): Um pouco da história da luta feminista pela descriminalização do aborto no Brasil. Ciência Cultura. vol. 64. pp. 20-21. Disponível em: <[http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0009-67252012000200010](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252012000200010)>. Acesso em: 22 abr. 2019.



# AS COMPLEXAS IMBRICAÇÕES ENTRE PATENTES DE FÁRMACOS E DOENÇAS NEGLIGENCIADAS: LIMITES E POSSIBILIDADES NA PERSPECTIVA DA SAÚDE GLOBAL

## THE COMPLEX INTERACTIONS BETWEEN DRUG PATENTS AND NEGLECTED DISEASES: LIMITS AND POSSIBILITIES IN THE GLOBAL HEALTH PERSPECTIVE

Isabel Christine Silva De Gregori<sup>1</sup> Larissa Melez Ruviaro<sup>2</sup>  
Nathália Facco Rocha<sup>3</sup>

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2020\)12](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)12)

### RESUMEN:

Podría decirse que la ciencia y la tecnología han demostrado ser grandes aliados para mantener la salud, a través de la producción de medicamentos y vacunas para garantizar la ausencia de enfermedades. Por lo tanto, es necesario investigar las posibles implicaciones entre el actual sistema internacional de patentes y el crecimiento exponencial de las enfermedades olvidadas, en vista de las perspectivas de la salud mundial. Para cumplir el objetivo propuesto, se utilizaron la teoría de la teoría sistémica y el método de enfoque deductivo. Este artículo ha sido estructurado en dos capítulos. El primero abordará los instrumentos contextuales de la salud global y la imbricación de enfermedades olvidadas. El segundo tratará con el sistema de patentes como un potencial para las enfermedades de negligencia. Sin embargo, se concluye que muchas enfermedades están más allá del interés de las industrias, ya que no representan una perspectiva lucrativa.

### ABSTRACT

Arguably, science and technology have proven to be great allies of maintaining health, through the production of medicines and vaccines to ensure the absence of disease. Therefore, it is necessary to investigate the possible implications between the current international patent system and the exponential growth of neglected diseases, in view of the perspectives of global health. In order to fulfill the proposed objective, the Systemic Theory Theory and the deductive approach method were used. This article has been structured into two chapters. The first will address the contextual instruments of global health and the imbrication of neglected diseases.

1 Doutora em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria. Professora na Universidade Federal de Santa Maria. Coordenadora do Grupo de Pesquisa em Propriedade Intelectual na Contemporaneidade. Endereço eletrônico: [isabelcsdg@gmail.com](mailto:isabelcsdg@gmail.com). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-3251-946X>.

2 Advogada. Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria/UFSM. Integrante do Grupo de Pesquisa em Propriedade Intelectual na Contemporaneidade. Graduada em Direito pela FADISMA. Endereço eletrônico: [larissa\\_ruviaro@hotmail.com](mailto:larissa_ruviaro@hotmail.com). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-6201-8183>.

3 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria/UFSM. Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Faculdade Estácio de Sá. Integrante do Grupo de Pesquisa em Propriedade Intelectual na Contemporaneidade. Graduada em Direito pela FADISMA. Endereço Eletrônico: [nathaliafacco@hotmail.com](mailto:nathaliafacco@hotmail.com). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4465-5802>.



The second will deal with the patent system as a potential for neglect diseases. However, it is concluded that many diseases are beyond the interest of industries as they do not represent a lucrative prospect.

**PALABRAS CLAVE:** Enfermedades desatendidas; Industrias farmacéuticas; Patentes; Propiedad intelectual; Salud global.

---

**PALAVRAS-CHAVE:** Doenças negligenciadas; Indústrias Farmacêuticas; Patentes; Propriedade Intelectual; Saúde Global.

---

**KEY WORDS:** Neglected diseases; Pharmaceutical industries; Patents; Intellectual property; Global health

## **I. Introdução**

O Sistema Internacional de Propriedade Intelectual passou a ganhar força a partir da Segunda Guerra Mundial, momento em que se delineava um sistema econômico global responsável pela intensificação do processo de internacionalização da economia, marcado pelo fortalecimento das multinacionais e mudança na estrutura de instituições econômicas capitalistas. Os benefícios obtidos através da evolução científica permitiram uma alavanca na produção da indústria farmacêutica e, aliado a isto, a possibilidade de gozar de um mercado dotado de privilégios, de uma legislação que além de garantir o monopólio na utilização comercial de seus produtos também assegura e a exclusividade por um grande lapso de tempo.

Este “modelo” acabou imprimindo uma lógica de mercado que não contempla a possibilidade de acesso a determinados medicamentos por parte da população, afastando, portanto, a perspectiva de concretização do direito humano a saúde. Este fato se atribui ao lastro de sustentação do sistema de patentes, pautado em sua racionalidade econômica, na qual a proteção conferida aos criadores, inventores, estimularia o processo que envolve o ciclo de inovação, secundarizando valores fundamentais como o direito à saúde e aos medicamentos.

A falta de acesso a medicamento se torna um desafio à Saúde Global diante do Acordo TRIPS que estabelece padrões mínimos de proteção sobre os direitos de propriedade intelectual e garante a concessão de patente para todos os setores tecnológicos, inclusive para o campo farmacêutico. Em consequência disso, uma fatia importante da população mundial ficam a margem e desprovidas da atenção da indústria farmacêutica. Para tanto, cumpre investigar as possíveis imbricações entre o sistema internacional de patentes e o crescimento exponencial das doenças negligenciadas, diante das perspectivas da saúde global.

Para cumprir o objetivo proposto utilizou-se a Teoria de Base Sistêmica, considerando a abordagem transdisciplinar, visto que a temática compreende múltiplos ramos de conhecimento, fazendo parte de uma unicidades contextual. Como método de abordagem adotou-se o dedutivo, pois será realizada uma análise descendente, posto que, inicialmente, analisar-se-á as doenças negligenciadas e o acesso a medicamentos em um contexto de saúde global para, posteriormente, direcionar-se ao sistema de

patentes como um potencializador das doenças negligenciadas, sob o viés da manutenção do poder e do acúmulo de capital.

Partindo da metodologia adotada, estruturou-se o presente artigo em dois capítulos. O primeiro capítulo abordará os instrumentos contextuais de saúde global e a imbricação das doenças negligenciadas face ao (des)cumprimento da garantia de acesso à medicamentos. O segundo capítulo versará sobre o sistema de patentes como um potencializador das doenças negligenciadas, uma análise diante da manutenção do poder e o acúmulo de capital.

### **1. Os instrumentos contextuais de saúde global: a imbricação das doenças negligenciadas face ao (des)cumprimento da garantia de acesso à medicamentos**

Entende-se atualmente que a saúde se mostra como um desdobramento do direito humano à vida, e desde os tempos mais remotos, se mostra como um direito a ser almejado por todos os indivíduos. Na conjuntura social atual, observa-se que a concretização da saúde está estreitamente relacionado os anseios de todas os momentos históricos que já se vivenciou. De tal modo que, todas as discussões, investimentos e empreendimentos concatenaram para se chegar a denominadores comuns, ou seja, ter saúde no século XXI, envolve acesso a tratamentos médicos e medicamentosos, mas também está relacionado ao meio ambiente físico, como também pelas interações químicas apresentadas.<sup>4</sup> Considerando a importância dos entornos que envolvem os indivíduos, Schwartz dispõe que:

as pessoas em bom estado de saúde não são as que recebem bons cuidados médicos, mas sim aquelas que moram em casas salubres, comem uma comida sadia, em um meio que lhes permite dar à luz, crescer, trabalhar e morrer.<sup>5</sup>

No entanto, isso nem sempre se faz possível, haja vista toda a configuração de sociedade capitalista na qual se vive em grande parte do globo. Diante disso, se faz importante ter acessos a medicamentos, posto que se a doença não pode ser evitada, a mesma deve ser tratada e, se possível, curada.

Atualmente, não há como tratar de questões de saúde de forma isolada. Problemas locais não encontram mais fronteiras, podendo atingir toda uma coletividade. Isso ocorre principalmente, devido ao fenômeno da globalização. A partir deste fenômeno, novos atores surgiram, remontando um novo cenário no qual merece atenção global, já que a nova configuração de tempo e espaço requer novos empreendimentos.<sup>6</sup> Tal entendimento, pode ser evidenciado a partir do século XX e início do século XXI, em tal momento passa-se a utilizar-se da terminologia saúde global para questões sanitárias que atingem pessoas além fronteiras, isso calçado no aumento de circulação de pessoas, bens e serviços. Portanto, ações conjuntas devem ser priorizadas para que não se tenha o surgimento de epidemias ou pandemias.<sup>7</sup>

---

4 FORATTINI, Oswaldo Paulo (2000): A saúde pública no século XX. In: Revista de Saúde Pública, São Paulo, v. 34, n. 3, jun. 2000. Tomado de: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-8910200000300001](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-8910200000300001). Fecha de consulta: 16.06. 2018.

5 SCHWARTZ, Germano André Doederlein (2001). Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp.40.

6 BROWN, Theodore; CUETO, Marcos; FEE, Elizabeth (2006). A transição de saúde pública 'internacional' para 'global' e a Organização Mundial da Saúde. In: Hist. cienc. saúde-Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 13, n. 3, pp. 623-647, Tomado de: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-59702006000300005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702006000300005&lng=en&nrm=iso), Fecha de consulta: 19.03. 2018.

7 RIBEIRO, Helena (2016): Saúde Global: Olhares do presente, Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz. Endereço Eletrônico: [nathaliafacco@hotmail.com](mailto:nathaliafacco@hotmail.com). ORCID iD:

Sendo assim, ao tratar de saúde global observa-se a existência multidemandas que devem ser atendidas. Não se pode esquecer, que atrelada a elas existem processos políticos, sociais, econômicos e culturais, que interferem diretamente na manutenção da saúde, bem como aparecimento e proliferação de doenças e acesso a medicamentos.<sup>8</sup> Neste panorama:

Uma questão de saúde global é, em primeiro lugar, aquela que está relacionada com dinâmicas, estruturas e relações políticas no plano internacional. Essas dinâmicas e estruturas internacionais podem ter impacto não só na exposição e vulnerabilidade à doença (ou seja, sobre incidência, prevalência, grupos sociais particularmente afetados), mas também na capacidade de reação e resposta (recursos disponíveis e capacidade de mobilizá-los de forma eficaz).<sup>9</sup>

Frente a toda essa nova estrutura observa-se como ponto central primordial a ação conjunta de vários Estados – Nação, as práticas sanitárias não podem ser tratadas isoladamente. a cooperação internacional não pode ser visualizada como um fardo, posto que as ameaças se mostram comuns, por isso é dever de todos, tais ações não devendo ser causadores de tensões internacionais.<sup>10</sup> Assim:

A segurança sanitária coletiva é a soma da segurança sanitária individual. A cobertura universal e equitativa de cuidados à saúde é indispensável [...] a segurança individual se soma à segurança coletiva, e a segurança coletiva significa maior segurança individual.<sup>11</sup>

No entanto isso nem sempre se faz possível, principalmente se visualizado pelos direitos de propriedade intelectual, sob o olhar do sistema de patentes. O modelo atual normativo de patentes ilustra fielmente a falta de interesse na colaboração conjunta para a produção de medicamentos, uma vez que elucida privilégios aos inventores que usufruem da exclusividade sobre a fabricação de seus inventos pelo período mínimo de vinte anos, bem como parâmetros rígidos que devem ser seguidos, assegurados pelo principal mecanismo de proteção dos direitos de propriedade intelectual, ou seja, o acordo TRIPs (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio).<sup>12</sup>

O TRIPs é um importante acordo internacional, considerado um “acordo-contrato” que se originou principalmente em decorrência do interesse das grandes indústrias farmacêuticas que detinham o monopólio mundial de medicamentos, durante a negociações realizadas na Rodada do Uruguai. O referido acordo, incorporou entre outras disposições, as providências que já se encontravam na postuladas na convenção

---

<https://orcid.org/0000-0003-4465-5802>.

8 NUNES, João; VENTURA, Deisy. Apresentação (2016): . In: Lua Nova, São Paulo, n. 98, pp. 7-16, maio/ago. 2016. Tomado de: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452016000200007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452016000200007&lng=en&nrm=iso), Fecha de consulta: 11.09.2018.

9 NUNES, João; VENTURA, Deisy. Apresentação (2016): op. cit., pp.7-16.

10 COOPER, Andrew; KIRTON, John; STEVENSON, Michael (2009): Critical cases in global health innovation. In: COOPER, Andrew; KIRTON, John (Org.). Innovation in global health governance: critical cases. Farnham: Ashgate.

11 RIBEIRO, Helena (2016): op.cit., pp.67.

12 WIPO (2018): A Brief History. Tomado de: <http://www.wipo.int/about-wipo/en/history.html>, Fecha de consulta: 15.02. 2018.

de Paris, bem como na convenção de Berna.<sup>13</sup> Assim, foi motivo de grandes críticas no cenário internacional, por ter uma estrutura rígida, que ao ser descumprida pode acarretar sanções, favorecendo aqueles que possuem grande capital e tecnologia e, que por consequência, almejam continuar no topo do poder e da lucratividade. Sendo assim, propicia um grande desequilíbrio entre os países do Norte e do Sul social, haja vista a diferença que ambos possuem em pesquisas e desenvolvimento, ao passo que corrobora para que não se consiga um desenvolvimento equânime mundial de medicamentos.<sup>14</sup>

O TRIPs proporcionou a possibilidade que os países membros, ou seja, aquelas que assinaram o acordo, tenham legislações internas acerca da matéria que regulamenta os direitos de propriedade intelectual. No entanto, observa-se claramente, uma espécie de submissão ao que é tratado no acordo internacional, posto que tais legislações não podem contrariar as prerrogativas internacionais já impostas. Neste sentido, ressalta-se:

O Acordo TRIPs é um dos três acordos multilaterais que estruturam o Acordo Constitutivo da OMC. A Assinatura dos países nestes Acordos é obrigatória para este ser considerado um Estado-membro. O TRIPs é um tratado-contrato implicando ao país signatário um comprometimento em promulgar leis que internalizem os padrões mínimos constantes no Acordo. Os Estados devem ter em suas legislações nacionais no mínimo o que o acordo da OMC obriga, mas nada impede que possam prever também formas mais restritivas de direitos de propriedade industrial, ou mesmo novas modalidades de direitos de propriedade, tais como os direitos de propriedade intelectual *sui generis*, sobre plantas, recursos genéticos ou conhecimentos tradicionais a eles associados.<sup>15</sup>

Pode-se de tal maneira, afirmar que a estrutura apresentada no acordo TRIPs é influenciada por interesses particulares das grandes multinacionais, que não estão interessadas na cura, nem no tratamento das doenças que assolam grande parte da população mundial. Tais empresas, possuem interesse na fabricação de medicamentos que possibilitam grande potencialidade de lucro, concatenando para que várias populações tenham suas doenças negligenciadas pela falta de poderio econômico que apresentam, bem como, a pouca de lucratividade verificada sobre a venda de tais medicamentos.<sup>16</sup>

A discussão entre direitos de propriedade intelectual, mais especificamente, atrelado

---

13 BARRETO, Ana Cristina Costa (2010): O Direito à saúde e patentes farmacêuticas: o acesso a medicamentos como preocupação global para o desenvolvimento. São Paulo: Revista Aurora. Tomado de: < <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/aurora/article/view/1240>>, Fecha de consulta: 20.06. 2019.

14 RÉGO, Elba Cristina Lima (2001): Acordo sobre propriedade intelectual da OMC: implicações para a saúde pública nos países em desenvolvimento. In: Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 8, n. 16, pp. 43-78. Tomado de: [https://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev1602.pdf](https://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev1602.pdf), Fecha de consulta: 18.10.2018.

15 VARELLA, Marcelo Dias; MARINHO, Maria. E. P. A (2005): propriedade intelectual na OMC. Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB, Brasília, v. 2, n. 2, pp.136-153. Tomado de: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22168-22169-1-PB.pdf>. Fecha de consulta: 05.07. 2018. pp.142.

16 CHAVES, Gabriela Costa et al (2007): A evolução do sistema internacional de propriedade intelectual: proteção patentária para o setor farmacêutico e acesso a medicamentos. In: Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 2, n. 23, pp. 257-267. Tomado de: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2007000200002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2007000200002). Fecha de consulta: 17.02. 2018.

às patentes de fármacos e o direito a ter acesso à saúde são frequentes e pertinentes de acordo com o cenário social atual, haja vista que, na maioria das vezes, são interesses que se contrapõem. A priori observa-se que as prerrogativas do TRIPs não são favoráveis a população que almeja o tratamento de suas mazelas, já que se mostram segregadas pelos ditames da economia de mercado. Deste modo:

Nessa perspectiva é possível afirmar que existe um forte movimento em curso para tornar o sistema de proteção da propriedade intelectual cada vez mais favorável ao titular da patente, e, por isso, menos sensível ao direito das populações de ter acesso a novas tecnologias.<sup>17</sup>

Devido a essa segregação econômica, as doenças negligenciadas, principalmente aquelas que se encontram nos países em desenvolvimento, não se mostram interessantes as grandes indústrias farmacêuticas multinacionais. Ao passo que, o atual sistema normativo de patentes se mostra como um grade efetivado das desigualdades de acesso a fármacos em todo o mundo, impondo aqueles que não possuem potencial de contraprestação financeira aos fármacos que necessitam, a opção por outros menos eficazes, com efeitos colaterais indesejados, e, em últimos casos, contribui para a impossibilidade de tratamento.<sup>18</sup>

Assuntos atrelados à saúde, acesso a tratamentos e medicamentos são considerados assuntos de saúde pública e deveriam ser tratados com primazia. No entanto, o sistema de patentes impossibilita a inserção de indústrias concorrentes no mercado, acarretando em medicamentos de altos custos e vincula a vida, à saúde o bem-estar dos indivíduos ao seu poder de compra.<sup>19</sup> Pois, seus regramentos interferem diretamente na efetivação do direito à saúde, assim como, em tudo o que a ele se relaciona. Flexibilização das rígidas regras impostas no TRIPs trariam benefícios a mais pessoas. O enfoque deve ser redirecionado, interesses coletivos devem ser postos em primeiro plano e as doenças encontradas nos países em desenvolvimento não seriam deixadas a margem das pesquisas e desenvolvimento.<sup>20</sup>

Conforme aponta o sítio dos médicos sem fronteiras, as doenças negligenciadas se apresentam frente a realidade capitalista vivenciada, ou seja, fazem parte de um sistema estrutural consolidado, consoante ao desinteresse econômico dos grandes fabricantes de medicamentos, já que são:

doenças tratáveis e curáveis que afetam, principalmente, populações com poucos recursos financeiros que, justamente por isso, não despertam o interesse da indústria farmacêutica. Os métodos de tratamento e diagnóstico dessas doenças são antigos e inadequados e demandam investimento em pesquisa e desenvolvimento para se tornarem mais simples e efetivos<sup>21</sup>.

---

17 CHAVES, Gabriela Costa et al (2007): op. cit., s/p.

18 MEINERS, Constance Marie Milward de Azevedo (2008). Patentes farmacêuticas e saúde pública: desafios à política brasileira de acesso ao tratamento anti-retroviral. In: Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 24, n. 7, pp.1467-1478. Tomado de: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2008000700002&script=sci\\_abstract&tling=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2008000700002&script=sci_abstract&tling=pt), Fecha de consulta: 07.02.2019.

19 MEINERS, Constance Marie Milward de Azevedo (2008): op.cit., pp.1467-1478.

20 CORREA, Carlos (2005): O Acordo TRIPs e o acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento. In: Sur, Rev. int. direitos human, São Paulo, v. 2, n. 3. Tomado de: <http://ref.scielo.org/f838wh>. Fecha de consulta: 01.02. 2018.

21 MÉDICOS SEM FRONTEIRAS (2012): O assunto é doenças negligenciadas. Tomado de: <https://www.msfor.org.br/noticias/o-assunto-e-doencas>

Como pode-se observar, as doenças negligenciadas fazem parte do século XXI, merecem atenção e devem sim possuir tratamentos adequados. Ao passo, como já explanado, as doenças não podem mais serem tratadas de forma isoladas, pois suas consequências, ainda que sentidas de formas distintas serão globais. Portanto, o segundo capítulo ilustrará o entrelaçamento do sistema de patentes e das doenças negligencias, sob um olhar crítico a respeito do desequilíbrio tecnológico e inovador, bem como os principais motivos que corroboram para que esta estrutura ainda se mantenha.

## **II. O sistema de patentes como um potencializador das doenças negligencias: uma análise diante da manutenção do poder e do acúmulo de capital**

A realidade contemporânea da saúde global encontra-se revestida por estatísticas espantosas, as quais trazem à baila a necessidade de medidas urgentes capazes de garantir o efetivo acesso à saúde, bem como, a igualdade na distribuição de medicamentos. Dentre essas estatísticas a Organização Mundial da Saúde (OMS) dispõe sobre as doenças negligenciadas, que afetam mais de 1 bilhão de pessoas mundialmente, primordialmente pessoas em situação de extrema pobreza fator que potencializa o desinteresse da indústria farmacêutica em pesquisar e produzir os medicamentos.<sup>22</sup>

Sendo assim, a Organização Mundial da Saúde (OMS) intitulou algumas doenças como negligenciadas, as quais sejam: dengue, raiva, hanseníase, doença de chagas, leishmaniose, entre outras. As supracitadas doenças tornaram-se negligenciadas devido ao descaso com a pesquisa e a inadequada distribuição de investimentos para a produção dos respectivos medicamentos, pois conforme demonstrado em pesquisas apenas 1% dos fármacos submetidos à registros destinam-se a satisfação social e aplicabilidade das doenças negligenciadas.<sup>23</sup>

Além disso, outro potencializador do crescimento exponencial das doenças negligenciadas encontra-se no instituto da propriedade intelectual, mais precisamente, nas patentes de medicamentos, ao passo que o Estado confere monopólio à indústria farmacêutica, ou seja, intitula que a mesma seja titular exclusiva da exploração e, em teoria, nesse lapso temporal recupera o investimento realizado para desenvolver a pesquisa e reproduzir o desenvolvimento. Sob outra vertente, a patente consagra a exceção a livre concorrência e a liberdade de iniciativa, favorecendo mercado oligopsonicos.<sup>24</sup>

Desde a sua criação, os direitos de propriedade intelectual foram entendidos como um sistema de regras e princípios, que regulamentam a aquisição, uso e interesses face a matéria prima intangível e suscetível de comercialização. Frente a isso, a invenção e sua patente considerada como uma espécie de propriedade foram imbricadas na necessidade de que toda e qualquer forma de propriedade atendessem a sua função social.<sup>25</sup>

---

negligenciadas. Fecha de consulta: 07.02. 2019. s/p.

22 OMS. Organização Mundial da Saúde (2010): Primeiro relatório da OMS sobre as doenças tropicais negligenciadas, pp.41.

23 CHIRAC, P.; TORREELE, E (2006): Global framework on essential health R&D. The Lancet, Volume 367, Issue 9522, pp.1560.

24 BARBOSA, D. B (2010): Uma introdução à propriedade intelectual. Lumen Juris, pp.1-951. Tomado de: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf>, Fecha de consulta: 20.09. 2019.

25 BULHÕES, E. P (2008): O papel das redes transnacionais de ONGs no contencioso das patentes farmacêuticas entre Brasil e Estados Unidos. 244f. 2008. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais). Porto Alegre: UFRS, pp. 125.

Ocorre que, a salvaguarda do direito à propriedade intelectual interfere na obrigação estatal de garantir a implementação do acesso à medicamentos.<sup>26</sup> As patentes de fármacos e a garantia ao acesso de medicamentos encontram-se imbricados ao aspecto econômico, possuindo influência direta nas vertentes das políticas públicas, ao passo que necessitam de unificação do desenvolvimento internacional e nacional com a finalidade de propiciar a repartição equânime ao bem estar social e econômico.<sup>27</sup>

O ausente desenvolvimento internacional e nacional e a ineficácia do sistema de patentes perante a pesquisa de medicamentos voltados para as doenças negligenciadas encontra entrave no desinteresse das farmacêuticas, devido ao pequeno percentual lucrativo que incentive a criação de medicamentos mais eficientes. Assim, as doenças negligenciadas nada mais são que doenças “esquecidas”, devido a omissão estatal e dos grupos farmacêuticos perante a parcela populacional sem situação financeira condizente para adquirir o necessário medicamento, bem como ao contexto econômico precário de contrapartida financeira.<sup>28</sup>

Confirma-se que, a indústria farmacêutica preocupa-se prioritariamente com o desenvolvimento voltado para áreas estratégicas financeiramente, rechaçando a inovação para as doenças negligenciadas. Na verdade, a inovação e o plano tecnológico se interessam em investir nas áreas declaradas estratégicas governamentalmente, pois a lógica de investimento classifica-se como puramente econômica. Ademais, a vertente econômica propaga a utilização de tratamentos declarados como desumanos e, até mesmo, degradantes, face a utilização de métodos antiquados e o descrédito com a população mais pobre, que são afastados pela indústria e pelo governo de seus direitos de cidadão, situação que faz com que sejam até mesmo intitulados como não cidadãos, diante da lógica perversa da falta de inovação.<sup>29</sup>

Diante disso, podemos trazer à baila a Doença de Chagas, que atinge mais de um quarto da população localizada na América Latina, o medicamento utilizado para seu tratamento é o Benzonidazol. No entanto, a utilização ilimitada do medicamento resulta em doenças potencializadas colateralmente.<sup>30</sup>

Quanto a Malária, os medicamentos mantiveram o padrão de produção imposto na década de 40, onde estipulou doses específicas para cada fase da doença e ciclo do protozoário. Porém, os medicamentos apenas tinham efeito contra a espécie específica causadora da doença<sup>31</sup>. Com o aprimoramento, os fármacos apresentaram deficiências, ou seja: “resistência ao medicamento Cloroquina, [...] a qual chega a mais de 90% em algumas partes do mundo.[...] as terapias de combinação podem ser caras e possuir esquemas terapêuticos complicados. Os países que mais sofrem não tem capacidade para disponibilizar os medicamentos”.<sup>32</sup>

---

26 PIOVESAN, F (2007). Direitos humanos e propriedade intelectual. Cultura livre, pp. 20.

27 BARRETO, A. C. C (2011): A Flexibilização do Acordo TRIPS e a Necessidade de Respeito aos Direitos Humanos nas Regras da OMC. 136f. 2011. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Universidade Estadual da Paraíba, João Pessoa, pp.16.

28 BRASIL (2014): Ministério da Saúde. Agência fiocruz de notícias: doenças negligenciadas. Tomado de: <http://www.agencia.fiocruz.br/doen%C3%A7as-negligenciadas>, Fecha de consulta: 06.09.2019.

29 TRESSE Vitor Schettino (2015): Doenças negligenciadas e patentes de fármacos: uma análise da garantia ao direito à saúde através do novo paradigma colaborativo. (Dissertação de mestrado), Rio de Janeiro, pp.1-112. Tomado de: [http://www.bdt.uerj.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=9203](http://www.bdt.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=9203), Fecha de consulta: 20.09.2019.

30 TRESSE Vitor Schettino (2015): op.cit., pp.42-57.

31 FRANÇA, Tanos C.C.; SANTOS, Marta G. dos; VILLAR, José de Figueiroa (2008): Malária: Aspectos e Quimioterapia. Química Nova, São Paulo, v.31, n.5, 2008. Tomado de:

[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-40422008000500060&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-40422008000500060&script=sci_arttext), Fecha de consulta: 03.10.2019.

32 DRUGS FOR NEGLECTED DISEASES INITIATIVE (2013): Annual report 2013: a decade of r&d for neglected patients. Tomado de:



A Leishmaniose liderou como a doença mais comum mundialmente, encontrada entre 700 mil a 1 milhão de infectados anualmente. O fármaco para seu tratamento foi descoberto na década de 40, perpassando o lapso temporal até a atualidade, sendo utilizado, inclusive, com o alto índice de falha e sua toxicidade. A doença mesmo não ocasionando morte, mas propaga a desigualdade e a exclusão social, diante das manchas espalhadas pelo corpo do enfermo.<sup>33</sup>

No tocante à Hanseníase, o seu demérito social inclui vertentes econômicas, políticas e sociais. Pois, o enfermo é permeado por preconceito, medo e exclusão, essa situação potencializa-se face ao contexto histórico da enfermidade, diante das concepções criadas equivocadamente pelos membros da sociedade, ao passo que induziu a necessidade do detentor da doença ser isolado socialmente. A situação permeou no tempo que, inclusive, atualmente os portadores da hanseníase escondem o diagnóstico positivo, submetendo-se inclusive a morte com a finalidade de evitar a rejeição e exclusão comunitária.<sup>34</sup>

Nessa senda, os tratamentos desumanos e, até mesmo, degradantes, inclusive, com efeitos colaterais devastadores para os pacientes, são uma das facetas das doenças negligenciadas. Como percebe-se os instrumentos de propriedade intelectual, mais precisamente, o sistema de patentes está imbricado na propagação das doenças negligenciadas, sob o prisma do sistema econômico-financeiro das indústrias farmacêuticas. O regime atual de patentes fez emergir inúmeras controvérsias, ao passo que colaborou para a eternização de supracitadas doenças, à medida que os avanços tecnológicos deram origem a potentes instrumentos maquinários capazes o efeito de suas incidências mas, em contrapartida, não são utilizadas com essa finalidade devido à problemática envolvendo a contrapartida financeira.<sup>35</sup>

As dificuldades respaldam-se diante dos altos preços dos medicamentos, que são estipulados face a larga escala demandada pelos padrões da classe social alta, ou seja, a população rica, com capacidade financeira para arcar com os custos dos medicamentos. Assim, dependendo do diagnóstico da doença, a classe social baixa, ou seja, a população mais pobres não possui recursos financeiros capazes de financiar as medicações. Sendo assim, as doenças negligenciadas, classificadas muitas vezes como de alto risco e de fácil disseminação, não são consideradas rentáveis para as indústrias farmacêuticas, trazendo à baila a problemática da saúde pública que enquadram as referidas doenças no Hiato dos 10/90, onde 90% das ciência investigativa das farmacêuticas voltam-se para amparar, apenas, 10% da população mundial.<sup>36</sup>

Conforme o exposto, as doenças intituladas como negligenciadas enquadram-se na classificação de doenças “esquecidas”, devido a inércia estatal e dos grupos farmacêuticos frente a parcela populacional de condição financeira ínfima para adquirir

---

<[http://www.dndi.org/images/stories/annual\\_report/2013/DNDi\\_AR\\_2013.pdf](http://www.dndi.org/images/stories/annual_report/2013/DNDi_AR_2013.pdf)>, Fecha de consulta: 28.09.2019.

33 BARBIERI, Carolina Luisa Alves; MARQUES, Heloisa Helena de Sousa (2009): Hanseníase em crianças e adolescentes: revisão bibliográfica e situação atual no Brasil. *Pediatria*, São Paulo, v.31, n.4, pp. 281-290. Tomado de: <http://www.pediatriasao paulo.usp.br/upload/pdf/1319.pdf>, Fecha de acesso: 03.02.2019.

34 BAIALARDI, Katia Salomão (2007): O estigma da hanseníase: relato de uma experiência em grupo com pessoas portadoras. *Hansenologia Internationalis*, Bauru, v.32, n.1. Tomado de: [http://periodicos.ses.sp.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1982-51612007000100004&lng=pt&nrm=iso=pt](http://periodicos.ses.sp.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1982-51612007000100004&lng=pt&nrm=iso=pt), Fecha de consulta: 03.02.2019.

35 POGGE, Thomas (2008): Medicamentos para o mundo: incentivando a inovação sem obstruir o acesso livre. In: *Revista SUR*, São Paulo, v. 5, n. 8. Tomado de: <http://www.surjournal.org/conteudos/pdf/8/pogge.pdf>, Fecha de consulta: 11.04. 2019.

36 POGGE, Thomas (2008): op. cit. s/p.



o necessário medicamento. Da mesma forma, a perspectiva econômica desacredita a população negligenciada, ao passo que utiliza de métodos antiquados e, até mesmo, medicamentos ineficazes sob o pretexto perverso da falta de inovação.

### **Conclusão**

Sem intenção de esgotar a temática abordada, o presente artigo teve por intuito compreender melhor o entrelaçamento do atual sistema de patentes, com o acesso a medicamentos e a incidência de doenças negligenciadas após o fenômeno da globalização. A saúde, nos mais distintos contextos históricos se faz motivo de atenção e preocupação para os indivíduos. O que não se faz diferente atualmente, entretanto, a modificação se dá no sentido de que não se pode mais falar, estudar e tratar de questões relacionadas a saúde de forma isolada, posto que, as fronteiras cada vez mais inexistentes, transformando problemas locais em globais, necessitando de ações mais amplas e conjuntas para soluções efetivas, principalmente após o fenômeno da globalização.

A saúde, analisada sob a ótica global requer inúmeros investimentos em todos os setores, inclusive em pesquisas, desenvolvimento e tecnologias, onde olhares e interesses egoísticos devem ser deixados de lado. Entretanto, isso não ocorre de forma equânime, haja vista que, parte do tratamento de determinadas doenças, a exemplo das negligenciadas, não despertam interesse das grandes indústrias farmacêuticas. Tal assertiva se baseia na afirmação de que, o lucro e interesses individuais tem se sobreposto a interesses coletivos, ou seja, a saúde de determinados indivíduos despertam maiores investimentos do que as doenças que assolam outros que possuem menor possibilidade de compra. Atenta-se, que tal situação encontra respaldo no atual sistema de patentes e as prerrogativas rígidas conferidas pelo acordo TRIPS.

Observa-se que, o inventor ao dispor de privilégios de exclusividade sobre seus inventos, segrega o alcance de medicamentos para determinados segmentos sociais, bem como desestimula a inserção de novas indústrias e de concorrência no mercado farmacêutico, pois o acordo TRIPS contribui para manutenção do monopólio das grandes empresas multinacionais, com seus padrões rígidos de obediência. As doenças negligenciadas, normalmente se mostram nessa condição, entre outros motivos devido a negligência das grandes indústrias, a exemplo disso, tem-se a doença de Chagas, Malária, leishmaniose, hanseníase, as quais são doenças que atingem em sua maioria a população de países pobres e em desenvolvimento, concatenando para o entendimento de que o poderio econômico dos indivíduos se mostra como potencializador de investimentos.

As doenças esquecidas, são reflexo da conjuntura de mercado que prioriza o lucro à coletividade. Entretanto, visualiza-se que medidas mais eficazes devem ser tomadas, uma vez que, ainda que atinjam populações específicas, terão reflexos globais. O atual sistema de patentes se mostra inconsistente com a realidade do século XXI, exigindo novas respostas para velhas demandas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

- BAIALARDI, Katia Salomão(2007): O estigma da hanseníase: relato de uma experiência em grupo com pessoas portadoras. *Hansenologia Internationalis*, Bauru, v.32, n.1. Tomado de: [http://periodicos.ses.sp.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1982-51612007000100004&lng=pt&nrm=iso=pt](http://periodicos.ses.sp.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1982-51612007000100004&lng=pt&nrm=iso=pt), Fecha de consulta: 03.02.2019.
- BARBIERI, Carolina Luisa Alves; MARQUES, Heloísa Helena de Sousa (2009): Hanseníase em crianças e adolescentes: revisão bibliográfica e situação atual no Brasil. *Pediatria*, São Paulo, v.31, n.4, pp. 281-290. Tomado de: <http://www.pediatrasiapaulo.usp.br/upload/pdf/1319.pdf>, Fecha de acesso: 03.02.2019.
- BARBOSA, D. B (2010): Uma introdução à propriedade intelectual. *Lumen Juris*, pp.1-951. Tomado de: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf>, Fecha de consulta: 20.09. 2019.
- BARRETO, A. C. C (2011): A Flexibilização do Acordo TRIPS e a Necessidade de Respeito aos Direitos Humanos nas Regras da OMC. 136f. 2011. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Universidade Estadual da Paraíba, João Pessoa, pp.16.
- BARRETO, Ana Cristina Costa (2010): O Direito à saúde e patentes farmacêuticas: o acesso a medicamentos como preocupação global para o desenvolvimento. São Paulo: Revista Aurora. Tomado de: < <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/aurora/article/view/1240>>, Fecha de consulta: 20.06. 2019.
- BRASIL (2014): Ministério da Saúde. Agência fiocruz de notícias: doenças negligenciadas. Tomado de: <http://www.agencia.fiocruz.br/doen%C3%A7as-negligenciadas>, Fecha de consulta: 06.09.2019.
- BROWN, Theodore; CUETO, Marcos; FEE, Elizabeth (2006). A transição de saúde pública 'internacional' para 'global' e a Organização Mundial da Saúde. In: *Hist. cienc. saúde-Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 3, pp. 623-647, Tomado de: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-59702006000300005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702006000300005&lng=en&nrm=iso), Fecha de consulta: 19.03. 2018.
- BULHÕES, E. P (2008): O papel das redes transnacionais de ONGs no contencioso das patentes farmacêuticas entre Brasil e Estados Unidos. 244f. 2008. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais). Porto Alegre: UFRS, pp. 125.
- CHAVES, Gabriela Costa et al (2007): A evolução do sistema internacional de propriedade intelectual: proteção patentária para o setor farmacêutico e acesso a medicamentos. In: *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 23, pp. 257-267. Tomado de: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2007000200002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2007000200002). Fecha de consulta: 17.02. 2018.
- CHIRAC, P.; TORREELE, E (2006): Global framework on essential health R&D. *The Lancet*, Volume 367, Issue 9522, pp.1560.
- COOPER, Andrew; KIRTON, John; STEVENSON, Michael (2009): Critical cases in global health innovation. In: COOPER, Andrew; KIRTON, John (Org.). *Innovation in global health governance: critical cases*. Farnham: Ashgate.
- CORREA, Carlos (2005): O Acordo TRIPS e o acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento. In: *Sur, Rev. int. direitos human*, São Paulo, v. 2, n. 3. Tomado de: <http://ref.scielo.org/f838wh>. Fecha de consulta: 01.02. 2018.
- DRUGS FOR NEGLECTED DISEASES INITIATIVE (2013): Annual report 2013: a decade of r&d for neglected patients. Tomado de: <[http://www.dndi.org/images/stories/annual\\_report/2013/DNDi\\_AR\\_2013.pdf](http://www.dndi.org/images/stories/annual_report/2013/DNDi_AR_2013.pdf)>, Fecha de consulta: 28.09.2019.
- FORATTINI, Oswaldo Paulo (2000): A saúde pública no século XX. In: *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 34, n. 3, jun. 2000. Tomado de: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89102000000300001](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102000000300001). Fecha de consulta consulta:

16.06. 2018.

- FRANÇA, Tanos C.C.; SANTOS, Marta G. dos; VILLAR, José de Figueiroa (2008):.Malária: Aspectos e Quimioterapia. Química Nova, São Paulo, v.31, n.5, 2008. Tomado de: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-40422008000500060&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-40422008000500060&script=sci_arttext), Fecha de consulta: 03.10.2019.
- MÉDICOS SEM FRONTEIRAS (2012): O assunto é doenças negligenciadas. Tomado de: <https://www.msf.org.br/noticias/o-assunto-e-doencas-negligenciadas>. Fecha de consulta: 07.02. 2019. s/p.
- MEINERS, Constance Marie Milward de Azevedo (2008). Patentes farmacêuticas e saúde pública: desafios à política brasileira de acesso ao tratamento anti-retroviral. In: Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 24, n. 7, pp.1467-1478. Tomado de: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2008000700002&script=sci\\_abstract&lng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2008000700002&script=sci_abstract&lng=pt), Fecha de consulta: 07.02.2019.
- NUNES, João; VENTURA, Deisy. Apresentação (2016): . In: Lua Nova, São Paulo, n. 98, pp. 7-16, maio./ago. 2016. Tomado de: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452016000200007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452016000200007&lng=en&nrm=iso), Fecha de consulta: 11.09.2018.
- OMS. Organização Mundial da Saúde (2010): Primeiro relatório da OMS sobre as doenças tropicais negligenciadas, pp.41.
- PIOVESAN, F (2007). Direitos humanos e propriedade intelectual. Cultura livre, pp. 20.
- POGGE, Thomas (2008): Medicamentos para o mundo: incentivando a inovação sem obstruir o acesso livre. In: Revista SUR, São Paulo, v. 5, n 8. Tomado de: <http://www.surjournal.org/conteudos/pdf/8/pogge.pdf>, Fecha de consulta: 11.04. 2019.
- RÊGO, Elba Cristina Lima (2001): Acordo sobre propriedade intelectual da OMC: implicações para a saúde pública nos países em desenvolvimento. In: Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 8, n. 16, pp. 43-78. Tomado de: [https://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev1602.pdf](https://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev1602.pdf), Fecha de consulta: 18.10.2018.
- RIBEIRO. Helena (2016): Saúde Global: Olhares do presente, Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz.
- SCHWARTZ, Germano André Doederlein (2001). Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp.40.
- TRESSE Vitor Schettino (2015): Doenças negligenciadas e patentes de fármacos: uma análise da garantia ao direito à saúde através do novo paradigma colaborativo. (Dissertação de mestrado), Rio de Janeiro, pp.1-112. Tomado de: [http://www.bdtd.uerj.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=9203](http://www.bdtd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=9203), Fecha de consulta: 20.09.2019.
- VARELLA, Marcelo Dias; MARINHO, Maria. E. P. A (2005): propriedade intelectual na OMC. Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB, Brasília, v. 2, n. 2, pp.136-153. Tomado de: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22168-22169-1-PB.pdf>. Fecha de consulta: 05.07. 2018. pp.142.
- WIPO (2018): A Brief History. Tomado de: <http://www.wipo.int/about-wipo/en/history.html>, Fecha de consulta: 15.02. 2018.

# AMEAÇAS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE À INTEGRIDADE DO SISTEMA DE SAÚDE SEGUNDO A TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS DE NIKLAS LUHMANN: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS DADOS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL EM 2018

---

THREATS OF THE JUDICIALIZATION OF HEALTH TO THE INTEGRITY OF THE HEALTH SYSTEM ACCORDING TO THE THEORY OF THE SOCIAL SYSTEMS OF NIKLAS LUHMANN: AN ANALYSIS FROM THE DATA OF THE STATE OF RIO GRANDE DO SUL IN 2018

---

Tarsila Rorato Crusius<sup>1</sup> Martín Perius Haeblerlin<sup>2</sup>

---

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2020\)13](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)13)

## RESUMEN:

El estudio busca comprender cómo la judicialización puede comprometer la integridad del sistema de la salud, desde la perspectiva de la Teoría General de los Sistemas Sociales de Niklas Luhmann. Para esto, primero busca saber cómo las decisiones judiciales actúan como irritaciones para el sistema de la salud. Después, analiza el impacto de estas decisiones en el sistema, basándose en datos de la judicialización en Rio Grande do Sul, en 2018. Finalmente, analiza los riesgos para la integridad del sistema de salud representado por la judicialización, así como las respuestas del sistema político brasileño. Se presume que las respuestas del sistema de la salud a las amenazas planteadas por la judicialización dependen de las respuestas de otros sistemas sociales. La metodología es exploratoria, con investigación bibliográfica. Se concluye que la capacidad de respuesta de los sistemas sociales a estas irritaciones definirá la posibilidad de mantener su integridad y diferenciación.

## RESUMO:

O estudo busca compreender como a judicialização pode comprometer a integridade do sistema da saúde na perspectiva da Teoria Geral dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann. Para isso, primeiramente busca conhecer como decisões judiciais atuam como irritações ao sistema da saúde. Em um segundo momento, analisa o impacto destas de-

---

1 Mestranda em Direitos Humanos pela UniRitter – Laureate International Universities, com bolsa CAPES. Psicóloga, com especialização em Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Contato: tarsila.crusius@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7081-5040>.

2 Doutor em Direito (PUCRS). Pós-doutorando em Economia (UFRGS), com bolsa CAPES. Professor da Graduação em Direito e do Mestrado em Direitos Humanos da UniRitter – Laureate International Universities. Contato: martin\_haeblerlin@uniritter.edu.br. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3101-5419>.

ciões no sistema, a partir dos dados da judicialização em saúde no Estado do Rio Grande do Sul, em 2018. Por fim analisa os riscos à integridade do sistema da saúde representados pela judicialização, bem como as respostas estruturadas pelo sistema político brasileiro. Parte-se da hipótese de que as respostas do sistema da saúde às ameaças representadas pela judicialização da saúde dependem das respostas de outros sistemas sociais. A metodologia é de caráter exploratório, com realização de pesquisa bibliográfica. Conclui-se que a capacidade de resposta dos sistemas sociais a estas irritações definirá a possibilidade de manutenção de sua integridade e diferenciação.

#### ABSTRACT

This study seeks to understand how judicialization may compromise the integrity of the health system from Niklas Luhmann's General Theory of Social Systems perspective. For this, it first seeks to know how judicial decisions act as irritations to the health system. Secondly, it analyzes the impact of these decisions on the system, based on data from health judicialization in the state of Rio Grande do Sul, in 2018. Finally, it analyzes the risks to the integrity of the health system represented by judicialization, as well as the responses structured by the Brazilian political system. It is hypothesized that health system responses to threats posed by judicialization depend on responses from other social systems. The methodology is exploratory, with bibliographical research. It is concluded that the responsiveness of social systems to these irritations will define the possibility of maintaining their integrity and differentiation.

**PALABRAS CLAVE:** Teoria General de los Sistemas Sociales de Niklas Luhmann; Derecho a la Salud; Judicialización Sanitaria; Sistema de la Salud.

---

**PALAVRAS-CHAVE:** Teoria Geral dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann; Direito à Saúde; Judicialização em Saúde; Sistema da Saúde.

---

**KEY WORDS:** Niklas Luhmann General Theory of Social Systems; Right to Health; Health Judicialization; Health System.

### **I. Introdução**

Nos últimos anos, o crescimento do fenômeno da judicialização da saúde vem sendo objeto de preocupação e estudo por parte de gestores públicos, juristas e pesquisadores. Esta preocupação decorre não somente do grande impacto das decisões judiciais nos orçamentos da União, Estados e Municípios, como também da maneira como o fenômeno interfere com a própria lógica interna de funcionamento deste sistema.

A judicialização da saúde vem aportando novos desafios e complexidades aos sistemas sociais envolvidos. Se, por um lado, ela tem o potencial de gerar um quadro de corrupção sistêmica, por outro lado as respostas do conjunto de sistemas sociais às irritações/perturbações provocadas pelas decisões judiciais podem ser geradoras de mudanças que produzam um aumento da diferenciação e, portanto, uma evolução sistêmica.

O presente estudo propõe-se a compreender de que maneira a judicialização pode comprometer a integridade do sistema da saúde a partir da abordagem da Teoria Geral

dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann. Pretende-se, por meio dele, contribuir para uma melhor compreensão das ameaças representadas pela judicialização à integridade do sistema da saúde, bem como das formas por meio das quais os sistemas sociais vêm respondendo aos desafios da judicialização.

Para esse fim, busca conhecer, em um primeiro momento, a forma pela qual as decisões judiciais, oriundas do sistema do Direito, atuam como irritações/perturbações ao sistema de saúde. Em um segundo momento, busca compreender o impacto destas decisões no sistema da saúde a partir de dados referentes ao fornecimento judicial de medicamentos e demais tratamentos no Estado do Rio Grande do Sul. Por fim, os riscos à integridade do sistema da saúde, representados pela judicialização, são discutidos a partir dos dados analisados, assim como a partir de recentes respostas do sistema político aos desafios apresentados, com consequências no sistema do direito.

A hipótese trabalhada é a de que o sistema da saúde poderá responder às ameaças representadas pela judicialização da saúde aumentando sua especialização e diferenciação. Para isso, dependerá também da resposta de outros sistemas sociais, em especial o sistema político e o próprio sistema jurídico.

A metodologia utilizada é de caráter exploratório, com realização de pesquisa bibliográfica. As informações sobre os gastos Estado do Rio Grande do Sul com a judicialização da saúde no ano de 2018 foram retiradas do site da Secretaria da Fazenda do Estado.

## **II. A integridade do sistema da saúde perante as irritações do sistema jurídico**

Segundo a Teoria Geral dos Sistemas de Niklas Luhmann, a sociedade complexa evolui a partir do gerenciamento e eliminação de seus paradoxos internos. Esse processo gera a diferenciação e especialização de sistemas sociais fechados operacionalmente e abertos cognitivamente ao ambiente (LUCENA, Clarissa Santos, 2008, p. 199; ZALAZAR, Claudia; MARTINI, Sandra Regina, 2017, p. 28), a cada qual cabendo o exercício de uma função na estrutura social. Assim, o sistema sociedade engloba os demais sistemas sociais parciais (como o Direito, a Política, a Educação, a Saúde, etc.), os quais necessitam constantemente diferenciar-se do ambiente, sendo um sistema percebido como ambiente do outro (SCHWARTZ, Germano, 2018a, p. 13).

Ao sistema jurídico compete a função de manter as expectativas jurídicas ao longo do tempo, filtrando as comunicações externas através do código direito/não-direito. Nesse sentido, as Constituições são estruturas que permitem a construção de semânticas pelo sistema jurídico, sustentando a tomada de decisões jurídicas a partir do conjunto de elementos recursivos internos ao sistema (leis, jurisprudências, argumentos, etc.).

Uma característica do sistema jurídico é a imposição de condutas aos demais sistemas sociais parciais. Às frequentes irritações/perturbações provocadas pelas decisões jurídicas, os demais sistemas sociais devem responder segundo suas próprias estruturas e códigos, em um processo de constante evolução e diferenciação.

O sistema da saúde, por sua vez, não foi abordado de maneira tão aprofundada pelos teóricos da Teoria Geral dos Sistemas Sociais. Para Luhmann, esse sistema opera a partir do código saúde-doença, definindo-se a partir da função exercida pela Medicina:

“cura delle malattie e tutto ciò che produce come sapere medico, come procedure organizzative e come forme diverse di interazione a fini di cura”<sup>3</sup> (CORSI, Giancarlo, 2015, p. 12). Na mesma direção, SCHWARTZ, 2018b, p. 127, descreve o sistema da saúde como “un sistema autónomo y diferenciado que se autorreproduce y autoorganiza a partir de mecanismos de selectividad propios provenientes de su código binário salud/enfermedad”<sup>4</sup>.

O sistema da saúde está em constante comunicação com os demais sistemas sociais, na medida em que as possibilidades de cuidado, tratamento e cura são dependentes de fatores como desenvolvimento científico, financiamento, regulamentações, decisões políticas e jurídicas, entre outros (CORSI, Giancarlo, 2015, p. 65; ZALAZAR, Claudia; MARTINI, Sandra Regina, 2017, p. 45). Em uma sociedade complexa, este processo resulta na evolução constante dos sistemas em respostas a novos desafios e demandas.

É a partir desta perspectiva que ZALAZAR, Claudia; MARTINI, Sandra Regina, 2017, p. 39, descrevem o processo da constitucionalização do direito à saúde no Brasil. Segundo as autoras, o reconhecimento da saúde como direito na Constituição de 1988 é consequência das irradiações sofridas pelo sistema do Direito em virtude das demandas sociais organizadas no âmbito do processo de redemocratização do país. A partir da positivação deste direito, surgem novos desafios e demandas visando sua efetivação por meio da implementação das políticas públicas de saúde – o que envolve novos conjuntos de comunicações entre os sistemas político, jurídico, econômico, da ciência, da saúde, entre outros.

O desenvolvimento tecnológico também aporta novos e constantes desafios aos sistemas sociais. Conforme salienta SCHWARTZ, Germano, 2018b, p. 127, a revolução tecnológica possibilita que a autorreprodução do sistema da saúde ocorra em um ritmo mais rápido que a de outros sistemas sociais, produzindo novas complexidades. Assim, o desenvolvimento de novos medicamentos e tratamentos geram demandas de regulamentação, financiamento e acesso, aos quais os sistemas devem responder a partir de seus próprios códigos e funções.

Para ZALAZAR, Claudia; MARTINI, Sandra Regina, 2017, p. 47, é necessário compreender o grau de autonomia e o tipo de relação entre o sistema da saúde e a totalidade dos demais sistemas sociais, bem como com cada uma de suas partes. Neste ponto, a judicialização da saúde, a partir de decisões judiciais proferidas pelo sistema jurídico, surge como um motivo de perturbação em vários sistemas.

Nesse aspecto, MARTINI, Sandra Regina, 2015, p. 50, salienta a peculiar relação do sistema de saúde com o sistema jurídico, ao descrever aquele como um “sistema social diferenciado e que constantemente recebe irritações de outros sistemas sociais, em especial – ou talvez a mais conhecida – a irritação do sistema do direito, fato definido por muitos autores como ‘judicialização da saúde’”. As imposições de prestação de atendimento ao sistema da saúde, de forma discricionária, pelo sistema jurídico, provocam perturbações também no sistema econômico, devido à insuficiência de

---

3 cura de doenças e tudo o que se produz como saber médico, como procedimentos organizacionais e como formas diversas de interação com a finalidade de curar” (tradução livre dos autores).

4 um sistema autónomo e diferenciado que se auto-reproduz e auto-organiza a partir de mecanismos de seletividade próprios provenientes de seu código binário saúde/doença” (tradução livre dos autores).



recursos financeiros para o atendimento pleno da saúde. “Como consequência, os problemas de saúde são tratados pelo direito, fazendo com que a economia ‘obrigue’ a política a intervir” (MARTINI, Sandra Regina, 2015, p. 65).

Para SCHWARTZ, Germano, 2018a, p. 13, a diferenciação funcional é a base da Teoria dos Sistemas Sociais, demandando a preservação da identidade dos sistemas. “Acaso isso não ocorra, os perigos da corrupção sistêmica serão altamente prejudiciais, fazendo com que os sistemas percam sua identidade e que exista a sobreposição de um pelo outro”.

A questão que se apresenta, portanto, é como as constantes perturbações provocadas pelo sistema jurídico em razão das decisões judiciais em saúde podem, de fato, representar uma excessiva interferência do sistema jurídico, comprometendo a integridade e autonomia do sistema da saúde.

Para , p, as numerosas decisões judiciais que impõem onerosos gastos com saúde representam uma ameaça ao sistema político, o qual é responsável pela implementação das políticas públicas por meio da Administração Pública, comprometendo o atendimento em saúde do conjunto da sociedade. No entender dos autores, “o direito, em sua função de manutenção das expectativas normativas, não pode – não deveria, melhor dizendo – ‘interromper’ a autopoiese dos demais subsistemas sociais” (LIMA, Fernando Rister de Sousa; FINCO, Matteo, 2019, p. 37).

Com o intuito de melhor compreender a maneira com que as decisões judiciais impactam o sistema da saúde, passamos a analisar este impacto a partir de informações disponíveis sobre a execução do orçamento da saúde pública pelo Estado do Rio Grande do Sul no ano de 2018.

### **III. Impacto financeiro da judicialização da saúde – o caso do Estado do Rio Grande do Sul**

A judicialização da saúde vem sendo alvo de grande preocupação para pesquisadores e gestores públicos, devido ao nível crescente de gastos do poder público com o cumprimento de decisões judiciais em saúde, em especial para a aquisição de medicamentos.

A incorporação da saúde como direito fundamental no Brasil, a partir de sua positivação na Constituição de 1988, trouxe para o sistema da saúde uma série de desafios – tanto em função da necessidade de efetivação deste direito por meio da implementação de políticas públicas quanto em decorrência da necessidade de resposta a demandas por sua efetivação pela via judicial.

Para NAUNDORF, Bruno; CARLI, Patrícia de; GOULART, Bárbara, 2018, p. 209, a judicialização da saúde no Brasil reflete a dicotomia entre a saúde coletiva e a saúde individual, na qual a organização do Sistema Único de Saúde estrutura-se a partir de um viés de saúde coletiva, com ênfase na promoção da saúde e da prevenção a agravos. O conceito de saúde integral, entretanto, também garante aos cidadãos a atenção integral a doenças e agravos, por meio da disponibilização de tratamentos e instrumentos terapêuticos a partir de uma lógica individualizada.



Nesse sentido, os grandes avanços tecnológicos, ao trazer consigo novas perspectivas para o tratamento de doenças, aportam ao sistema de saúde constantes demandas e pressões para a incorporação, regulamentação e disponibilização de novos medicamentos e demais tecnologias.

Para NAUNDORF, Bruno; CARLI, Patrícia de; GOULART, Bárbara, 2018, p. 211, a organização do atendimento à saúde é pautada pelo planejamento, e tem por base estudos e dados epidemiológicos que consideram os determinantes e condicionantes da saúde, bem como o planejamento realizado com participação social e a partir de pactuações entre os três entes federados. Nesse sentido, a judicialização excessiva termina por desorganizar o sistema, rompendo o planejamento realizado e demandando a realocação dos recursos de outras áreas.

O acesso a medicamentos e demais tratamentos de saúde pela via administrativa, idealmente, é a forma mais adequada para que essas demandas possam ser atendidas de forma planejada, organizada e sustentável, buscando a equidade e universalidade no acesso. Na prática, as demandas judiciais provocam irritações ao sistema de saúde, rompendo a lógica estabelecida nos fluxos regulares de concessão de medicamentos e demais tratamentos, competindo por recursos previstos para alocação em outras ações e prestações em saúde.

Para BUÍSSA, Leonardo; BEVILACQUA, Lucas; MOREIRA, Fernando Henrique Barbosa Borges (2018, p. 27), a judicialização da saúde acarreta distorções severas nos orçamentos públicos tanto da União quanto dos Estados e Municípios, que possuem recursos insuficientes para o atendimento à crescente demanda. Assim, em face das determinações judiciais para atendimento de demandas em saúde, o gestor usualmente termina por remanejar recursos previstos para utilização em outros serviços e atendimentos da área de saúde.

Para GEBRAN NETO, João Pedro (2014, p. 10) a judicialização da saúde agrava o problema de alocação dos já escassos recursos para o custeio da saúde pública no Brasil, sendo a busca pelo acesso a medicamentos o objeto da grande maioria das lides.

NAUNDORF, Bruno; CARLI, Patrícia de; GOULART, Bárbara, 2018, p. 210 situam no ano de 1998 o início do processo de judicialização de massa no Estado do Rio Grande do Sul, com aumento significativo e constante dos valores destinados ao pagamento de demandas judiciais até o ano de 2015. Segundo os autores, em 2016 o atendimento ao total das demandas judiciais em saúde no Rio Grande do Sul consumiu dos cofres do Estado a cifra de R\$ 275.807.868,21, o equivalente a 15% do total do orçamento da saúde daquele ano. Ainda segundo os autores, o impacto da judicialização do acesso a medicamentos incide tanto de forma direta, em sua aquisição, quanto de forma indireta, devido à necessidade de transporte, armazenamento, acondicionamento e distribuição dos medicamentos, bem como de realização de controle efetivo sobre sua distribuição/utilização pelo paciente, de capacitação e treinamentos constantes dos profissionais de saúde, etc.

Segundo dados disponibilizados pela Secretaria Estadual da Fazenda do Estado do Rio

Grande do Sul<sup>5</sup>, o custo do atendimento a demandas judiciais em saúde no ano de 2018 foi de R\$ 439.729.075,11. Este montante representa 12,4% do total de recursos executados no período pela Secretaria Estadual de Saúde<sup>6</sup> para financiamento e co-financiamento estadual de todas as políticas de saúde no Estado: Atenção Básica; Atenção em Saúde Mental; co-financiamento da Farmácia Básica municipal; Rede de Urgência e Emergência; co-financiamento hospitalar; Vigilância em Saúde; parcela estadual para a assistência hospitalar e ambulatorial; atenção especializada; atendimento em ambulatórios e hospitais próprios; entre outros.

Esses mesmos dados demonstram que mais de 91% dos valores despendidos com o atendimento de demandas judiciais em saúde neste período, ou o montante de R\$ 400.713.271,95, foi utilizado para a compra de medicamentos, o que representa mais de 11% da execução orçamentária da Secretaria Estadual da Saúde no exercício de 2018 (excluídas despesas com pessoal e encargos sociais), mais que o triplo do valor despendido pelo Estado do Rio Grande do Sul com a compra dos medicamentos fornecidos administrativamente<sup>7</sup>, e quase 150% do total do valor investido pelo Estado para o co-financiamento da Atenção Básica<sup>8</sup>.

#### **IV. Judicialização da saúde no Rio Grande do Sul e a integridade do sistema da saúde**

Os dados referentes às despesas do Estado do Rio Grande do Sul com a judicialização da saúde demonstram o significativo impacto orçamentário exercido pelas decisões judiciais em saúde, em especial pelas demandas por acesso a medicamentos. Trata-se de valores significativos, que acarretam desequilíbrios no sistema da saúde ao desconsiderar sua estrutura e funcionamento internos, determinando necessária realocação dos recursos finitos de que dispõe.

Não por menos, GEBRAN NETO, João Pedro (2014, p. 27) critica veementemente o papel do excesso de interferências do Poder Judiciário que, através de suas decisões, termina por tornar-se de fato um ordenador de despesas e políticas públicas, sem possuir legitimidade para tal. Também segundo o jurista, a excessiva intervenção do Poder Judiciário termina por promover uma iníqua distribuição de recursos em detrimento das políticas postas.

O conjunto de argumentos aportados sugere que, no limite, o grande número de decisões judiciais contra o Estado pode gerar uma corrupção do sistema da saúde, comprometendo o atendimento em saúde do conjunto da sociedade. Diante desta situação, o sistema deve responder buscando ampliar sua diferenciação. A integridade do sistema da saúde diante dos riscos aportados pela judicialização depende de "um aumento na sofisticação da legislação em matéria de saúde e, portanto, da complexidade que o sistema é capaz de lidar (limitando) a influência que ele pode sofrer de outros sistemas, em particular do direito" (LIMA, Fernando Rister de Sousa e FINCO, Matteo, 2019, p. 38).

---

5 Fonte: site da Secretaria da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: [https://www.sefaz.rs.gov.br/AFE/DOT-DES\\_1.aspx](https://www.sefaz.rs.gov.br/AFE/DOT-DES_1.aspx). Acesso em: 10 de jun. de 2019.

6 Execução orçamentária da Secretaria Estadual de Saúde incluindo despesas correntes e investimentos, excluídas despesas com pessoal e encargos sociais. Fonte: site da Secretaria da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: [https://www.sefaz.rs.gov.br/AFE/DOT-DES\\_1.aspx](https://www.sefaz.rs.gov.br/AFE/DOT-DES_1.aspx). Acesso em: 10 de jun. de 2019.

7 No ano de 2018, o gasto do Estado com a compra de medicamentos fornecidos por via administrativa foi de R\$ 111.509.005,60. Disponível em: [https://www.sefaz.rs.gov.br/AFE/DOT-DES\\_1.aspx](https://www.sefaz.rs.gov.br/AFE/DOT-DES_1.aspx). Acesso em: 10 de jun. de 2019.

8 No período, o financiamento do Estado para a Atenção Básica correspondeu a R\$ 266.800.431,18. Disponível em: [https://www.sefaz.rs.gov.br/AFE/DOT-DES\\_1.aspx](https://www.sefaz.rs.gov.br/AFE/DOT-DES_1.aspx). Acesso em: 10 de jun. de 2019.

Assim, conforme os pressupostos da Teoria Geral dos Sistemas, o caminho para a manutenção da integridade do sistema da saúde passa por sua capacidade de resposta às perturbações advindas do sistema jurídico, uma vez que este seguirá produzindo decisões, em conformidade com a função que lhe cabe, de acordo com sua própria estrutura e código internos. Isso dependerá também de respostas dos demais sistemas sociais também afetados (em especial o econômico e o político).

A título de exemplo, a Emenda Constitucional 29/2000<sup>9</sup> representou um avanço para a segurança do financiamento da saúde pública no país, determinando transparência e garantia de alocação de recursos destinados às ações e políticas em saúde. Estes recursos, entretanto, permanecem insuficientes para o atendimento do conjunto das demandas em saúde, o que demanda uma organização interna do sistema no sentido de definir prioridades e critérios claros para a alocação destes recursos.

Em relação à estruturação do sistema visando garantir o acesso da população a novas tecnologias e medicamentos de maneira segura, organizada e sustentável, destacam-se como importantes avanços a Lei nº 12401/2011<sup>10</sup> e a Lei nº 13.411/2016<sup>11</sup>, que definiram fluxos, processos e prazos para a incorporação de novas tecnologias em saúde no âmbito do SUS. Estas leis funcionam como novas comunicações para os diferentes sistemas sociais, em especial os sistemas da saúde, jurídico, econômico e o próprio sistema político do qual elas são fruto.

Exemplo do impacto exercido por estas iniciativas é a recente decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, que originou o Tema 500 de Repercussão Geral<sup>12</sup>, fundamentada principalmente na Lei nº 13.411/2016 e que estabelece a necessidade de atendimento aos fluxos e limites desta Lei para a solicitação de acesso a medicamentos pela via judicial.

A referida Tese de Repercussão Geral impacta o sistema da saúde ao limitar a concessão judicial de medicamentos que não possuam registro sanitário quando não for demonstrada mora irrazoável da Anvisa na apreciação do pedido. SCHULZE, Clenio Jair (2019), em breve comentário sobre a decisão, destaca seus efeitos positivos ao conjunto da sociedade, na medida em que reforça a não somente a responsabilidade da Agência Nacional de Vigilância Sanitária na análise de registros de novos medicamentos, como também a necessidade de adequação das condutas dos próprios laboratórios

---

9 Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm). Acesso em: 11 de jun. de 2019.

10 Lei 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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112401.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112401.htm). Acesso em: 11 de jun. de 2019.

11 Lei nº 13.411, de 28 de dezembro de 2016. Altera a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, que 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, e a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências, para dar transparência e previsibilidade ao processo de concessão e renovação de registro de medicamento e de alteração pós-registro. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2016/lei-13411-28-dezembro-2016-784151-publicacaooriginal-151761-pl.html>. Acesso em: 11 de jun. de 2019.

12 Tese de Repercussão Geral: "1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União". Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/abrirTemasComRG.asp>>. Acesso em: 11 de jun. de 2019.

farmacêuticos, os quais utilizavam-se da estratégia da judicialização para subverter a lógica da regulação sanitária brasileira.

Estima-se que o rápido avanço das tecnologias na área da saúde seguirá trazendo consigo novas demandas, que serão percebidas como irritações sistêmicas, trazendo novos desafios ao sistema da saúde. A capacidade de o conjunto dos sistemas sociais responderem a estas perturbações, aumentando sua especialização, definirá a possibilidade de manutenção de sua integridade e diferenciação.

#### **V. Considerações finais**

No contexto da Teoria Geral dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann, uma característica do sistema jurídico é a imposição de conduta aos demais sistemas sociais parciais, por meio das decisões judiciais por ele proferidas. Essas decisões são sentidas pelos demais sistemas como irritações as quais, no limite, podem provocar uma corrupção sistêmica. Por outro lado, as respostas dos diferentes sistemas sociais a essas irritações também podem provocar reações que visem o aumento da diferenciação sistêmica, ocasionando sua evolução.

Dados referentes à execução orçamentária do Governo do Estado do Rio Grande do Sul demonstram o risco de corrupção sistêmica ocasionado pela judicialização da saúde, na medida em que, no ano de 2018, mais de 12% do orçamento da Secretaria Estadual da Saúde foi destinado ao atendimento de decisões judiciais, em sua grande maioria visando à dispensação de medicamentos. Esses recursos devem ser realocados de outras fontes e rubricas e, no limite, podem comprometer e inviabilizar a própria efetivação do direito à saúde por meio da implementação e financiamento do conjunto de programas e ações componentes da política pública de saúde.

A integridade do sistema da saúde diante dos desafios aportados pelo fenômeno da judicialização da saúde depende da capacidade de resposta estruturada dos demais sistemas sociais, em especial do sistema Político e do sistema Econômico. Nesse sentido, no Brasil, diferentes respostas já foram estruturadas, como a aprovação de um mínimo constitucional para investimento em saúde e a aprovação de leis que aprimoram os fluxos e condições para incorporação de novas tecnologias de saúde e para o acesso a estas tecnologias.

Caberá não somente ao sistema da saúde, mas ao conjunto dos sistemas sociais, responder às irritações sistêmicas provocadas pela judicialização da saúde. Assim, a capacidade de o conjunto dos sistemas sociais responderem a estas irritações, aumentando sua especialização, definirá a possibilidade de manutenção de sua integridade e diferenciação.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2019): Recurso Extraordinário 657718. Relator Min. Marco Aurélio, julgamento em: 23 Mai. 2019.
- BUÍSSA, Leonardo; BEVILACQUA, Lucas; MOREIRA, Fernando Henrique Barbosa Borges (2018): "Impactos Orçamentários da Judicialização das Políticas Públicas de Saúde", em SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Tolêdo: Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde, CONASS, Brasília – DF, pp. 26-50.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ (2019): Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução, CNJ, Brasília.
- CORSI, Giancarlo (2015): Salute e malattia nella teoria dei sistemi. A partire da Niklas Luhmann, Franco Angeli, Milão.
- GEBRAN NETO, João Pedro (2014): Direito à Saúde – Direito constitucional à saúde e suas molduras jurídicas e fáticas. Disponível em: <https://www.conass.org.br/consensus/wp-content/uploads/2015/04/Artigo-direito-a-saude.pdf>, acesso em: 10.06.2019.
- LIMA, Fernando Rister de Sousa; FINCO, Matteo (2019): "Há Limite Econômico para a Intervenção do Judiciário na Saúde Pública?", em RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito, Vol. 6, Nro. 1, pp. 27-41.
- LUCENA, Clarissa Santos (2008): "Perspectivas Autopoiéticas para a Função Social dos Contratos" em TUTIKIAN, Cristiano: Olhares sobre o Público e o Privado, EDIPUCRS, Porto Alegre.
- LUHMANN, Niklas (2000): "O Paradoxo dos Direitos Humanos e Três Formas de seu Desdobramento", em Themis, Vol. 3, Nro. 1, Fortaleza, pp. 153-161.
- LUHMANN, Niklas (2016): Sistemas Sociais: esboço de uma teoria geral. Vozes, São Paulo.
- MARTINI, Sandra Regina (2015): "Sistema de Saúde e Transformação Social", em MARTINI, Sandra Regina, Saúde, Direito e Transformação Social: um Estudo sobre o direito à saúde no Rio Grande do Sul. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre.
- NAUNDORF, Bruno; CARLI, Patrícia de; GOULART, Bárbara (2018): "O Estado do Rio Grande do Sul e os Impactos da Judicialização da Saúde na Gestão Pública", em SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Tolêdo: Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde, CONASS, Brasília – DF, pp. 208-217.
- NEVES, Rômulo Figueira (2005): Acoplamento Estrutural, Fechamento Operacional e Processos Sobrecomunicativos na Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo.
- SCHWARTZ, Germano (2018a): As Constituições Estão Mortas? Momentos Constituintes e Comunicações Constitucionalizantes dos Novos Movimentos Sociais do Século XXI. Lumen Juris, Rio de Janeiro.
- SCHWARTZ, Germano (2018b): "Lo Humano y los Humanos de los Derechos Humanos. Animales, Pacha Mama y Alta Tecnología", em Economía y Política 5(I), pp. 113-139.
- SCHULZE, Clenio Jair (2019): STF, Registro na Anvisa e Judicialização da Saúde. Tomado de: <https://emporioidireito.com.br/leitura/stf-registro-na-anvisa-e-judicializacao-da-saude>, acesso em: 11/06/2019.
- ZALAZAR, Claudia; MARTINI, Sandra Regina (2017): Sociología, Metodología, Derecho y Salud em la Sociedad Compleja, Advocatus, Córdoba.



# **DIRECTRICES para AUTORES/AS**

---

## **ASPECTOS PARTICULARES:**

### ***Originalidad***

Los artículos a enviar a la Revista Derecho y Salud deben ser originales e inéditos.

### ***Evaluación***

Todos los artículos que se envíen a la sección "Estudios Generales" serán evaluados a través del sistema de "doble par ciego". Los Evaluadores serán profesores y/o investigadores de la Universidad Blas Pascal y de otras Universidades de reconocido prestigio.

### ***Extensión y diseño***

- La extensión mínima de los artículos será de 4000 palabras y la máxima de 8000 (incluyendo resumen, palabras clave, notas al pie de página y referencias bibliográficas);
- Hoja DIN-A4;
- Interlineado del texto a 1,5, salvo en las notas a pie de página, que será sencillo;
- Márgenes superior e inferior a 2,5 cm e izquierdo y derecho a 3 cm;
- El espaciado anterior será de 12 puntos y el espaciado posterior será de 0 puntos;
- El texto debe estar justificado.

### ***Idioma***

El idioma de las presentaciones será castellano, portugués o inglés. Los artículos en otros idiomas serán publicados según su temática, previo acuerdo del Consejo Editorial de la Revista. En su caso, de ser un idioma poco frecuente en el mundo académico, estos artículos podrán ser traducidos por juristas que dominen la lengua, a propuesta del Consejo Editorial, el nombre de la persona que realice la traducción deberá figurar necesariamente en el artículo.

### ***Precisiones sobre el texto***

- En ningún caso se usará negrita en el interior del texto. La negrita estará reservada sólo a la división del texto, como se indica a continuación.
- No se permite el subrayado de palabras para ser destacadas. En todo caso, de querer destacar algún concepto, debe hacerse o bien entrecomillado, o bien en cursiva.

### ***Estilo y tamaño de letra***

- Para el cuerpo: letra Calibrí, tamaño 11;
- Para las notas al pie de página: letra Calibrí, tamaño 10.

### ***División del Texto***

- Título:

Constará de un enunciado en que se dará cuenta del tema objeto de estudio. Irá

centrado, en Calibrí en mayúscula sostenida y en negrita, tamaño 13. Debajo del mismo debe indicarse el título traducido al inglés, el que irá centrado, con la misma fuente y tamaño, pero en cursiva.

- Autor:

Deberá constar debajo del título, en cursiva y centrado, en Calibrí, tamaño 11.

La primera nota al pie de página hará referencia a sus datos personales: condición profesional, títulos académicos, referencias a Proyectos de Investigación en el que se desarrolla el artículo y correo electrónico.

- Resumen y Palabras Clave:

Se debe incluir, en castellano y en inglés, un resumen/abstract con un máximo de 10 líneas o 150 palabras y unas palabras clave/key words (como mínimo, tres y como máximo, cinco). Tanto el abstract como las palabras clave deberán ubicarse antes de comenzar el texto, justificadas, con interlineado a 1,5 y letra Calibrí, tamaño 11.

- Enumeraciones:

Títulos: en número Romano, seguido de un punto. Epígrafes: en números ordinarios, seguido de un punto. Subepígrafes: en letras, seguido de un punto.

Ejemplo:

I. Título

1. Epígrafe

A. Subepígrafe

En ningún caso se usará mayúscula sostenida.

### **Citas y Referencias Bibliográficas**

Aparecerán preferentemente en el cuerpo del texto y, si son literales, deberán ir entrecorridas. Cada una de las citas bibliográficas debe corresponderse con una referencia en la bibliografía final. Las autocitas se restringirán a los casos imprescindibles. Para las citas en el texto se empleará el sistema autor-año de Harvard (autor, año: página). Ejemplo:(Sánchez Martínez, 2019: 72)

A continuación, algunos ejemplos para casos especiales:

Los documentos con dos autores se citan por sus primeros apellidos unidos por «y». Ejemplo: (Aguado y Alonso, 2019)

Si se cita el trabajo de tres o más autores, es suficiente citar el primer autor seguido de *et al.* Ejemplo: (Neder et al., 2018)

Si se citan varios trabajos de un autor o grupo de autores de un mismo año, debe añadirse a, b, c... después del año. Ejemplo: (Ferro Uria, 2013a)

Cuando el apellido del autor citado forma parte del texto, debe indicarse siempre entre paréntesis el año de la obra citada. Ejemplo: Como afirma Ambrosini Rocpier (2019)...



### **Bibliografía**

Se incluirá al final del trabajo. Únicamente contendrá referencias citadas en el texto, sin posibilidad de incluir referencias adicionales. Se seguirá el sistema **APA (American Psychological Association)**.

A continuación, algunos ejemplos para las tipologías más usadas de documentos:

#### Artículos de revistas científicas

García de Enterría, E. (1989). Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 61, 5-18.

#### *-Dos o más autores*

Arroyo Gil, A. y Giménez Sánchez, I. (2013). La incorporación constitucional de la cláusula de estabilidad presupuestaria en perspectiva comparada: Alemania, Italia y Francia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 98, 149-188.

#### *-Revistas electrónicas*

Pifarré, M. J. (2013). Internet y redes sociales: un nuevo contexto para el delito. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 16, 40-43. Disponible en: [http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=7882\\_8864004](http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=7882_8864004).

#### *- Revistas electrónicas con DOI*

Díaz-Noci, J. (2010). Medios de comunicación en internet: algunas tendencias. *El Profesional de la Información*, 19 (6), 561-567. Disponible en: <https://doi.org/10.3145/epi.2010.nov.01>.

#### Monografías

#### *-Un autor*

García Ruiz, J. L. (1994). *El Consejo Económico y Social. Génesis constituyente y parlamentaria*. Madrid: Consejo Económico y Social.

#### *- Libro en línea*

Rodríguez de Santiago, J. M. (2015). *Responsabilidad del Estado legislador por leyes inconstitucionales o contrarias al Derecho Europeo*. Disponible en: <http://almacenederecho.org/responsabilidad-del-estado-por-leyes-inconstitucionales-o-contrarias-al-derecho-europeo/>.

#### Capítulos de monografías

Zea, L. (2007). América Latina: largo viaje hacia sí misma. En D. Pantoja (comp.). *Antología del pensamiento latinoamericano sobre la educación, la cultura y las universidades* (pp. 125-138). México: UDUAL.

## Informes

### -Autor institucional

Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía. (2004). *Eficiencia energética y energías renovables* (Informes IDEA. Boletín IDEA; 6). Madrid: IDEA.

### - Autor personal

Caruso, J., Nicol, A. y Archambault, E. (2013). *Open Access Strategies in the European Research Area*. Montreal: Science-Metrix. Disponible en: [http://www.science-metrix.com/pdf/SM\\_EC\\_OA\\_Policies.pdf](http://www.science-metrix.com/pdf/SM_EC_OA_Policies.pdf).

## Congresos

### - Actas

Cairo, H. y Finkel, L. (coord.). (2013). *Actas del XI Congreso Español de Sociología: crisis y cambio. Propuestas desde la Sociología*. Madrid: Federación Española de Sociología.

### - Ponencias publicadas en actas

Codina Bonilla, L. (2000). Parámetros e indicadores de calidad para la evaluación de recursos digitales. En *Actas de las VII Jornadas Españolas de Documentación (Bilbao, 19-21 de octubre de 2000): la gestión del conocimiento: retos y soluciones de los profesionales de la información* (pp. 135-144). Bilbao: Universidad del País Vasco.

### - Ponencias y comunicaciones en línea

Durán Heras, M. A. (2014). Mujeres y hombres ante la situación de dependencia. Comunicación presentada en el seminario *Políticas públicas de atención a personas mayores dependientes: hacia un sistema integral de cuidados*. Disponible en: [http://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/mujereshombres19\\_21mayo.pdf](http://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/mujereshombres19_21mayo.pdf).

## Tesis

### - Publicadas

Llamas Cascón, A. (1991). *Los valores jurídicos como ordenamiento material* [tesis doctoral]. Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/15829>.

### - Inéditas

De las Heras, B. (2011). *Imagen de la mujer en el Fondo Fotográfico de las Guerra Civil Española de la Biblioteca Nacional de España. Madrid, 1936-1939* [tesis doctoral inédita]. Universidad Carlos III de Madrid.

### Artículos y noticias de periódicos

Bassets, M. (2015). El Tribunal Supremo respalda la reforma sanitaria de Obama. *El País*, 25-6-2015. Disponible en: [http://internacional.elpais.com/internacional/2015/06/25/actualidad/1435242145\\_474489.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2015/06/25/actualidad/1435242145_474489.html).

- Sin autor

Drogas genéricas. (2010). *El Tiempo*, 25-9-2015, p. 15.

### Blogs

Escolar, I. (2015). El falso mito de que los emprendedores de Internet son la solución al paro. *Escolar.Net* [blog], 25-6-2015. Disponible en: [http://www.eldiario.es/escolar/falso-emprendedores-Internet-solucion-paro\\_6\\_402519746.html](http://www.eldiario.es/escolar/falso-emprendedores-Internet-solucion-paro_6_402519746.html).

### Foros electrónicos, listas de distribución

Pastor, J. A. (2014). Aspectos prácticos para proyectos de datos abiertos en las administraciones públicas. *IWETEL* [lista de distribución], 31-1-2014. Disponible en: <http://listserv.rediris.es/cgi-bin/wa?A2=IWETEL;b361930a.1401e>.

### DOIS

En el caso de que los trabajos en formato electrónico contengan DOI (*digital object identifier*), será obligado recogerlo en la referencia bibliográfica. Se hará del siguiente modo:

Murray, S. (2006). Private Polls and Presidential Policymaking. Reagan as a Facilitator of Change. *Public Opinion Quarterly*, 70 (4), 477-498. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/poq/nfl022>.

### **Aceptación y cesión de derechos**

Los autores transfieren de manera exclusiva y a título gratuito los derechos materiales de autor a la Universidad Blas Pascal para su publicación y divulgación, en los términos de la ley nacional 11723 y sus modificatorias.

El solo hecho de remitir un artículo al editor responsable, a través de cualquier medio para ser revisado a los fines de su publicación, implicará la cesión a que se refiere el párrafo anterior.

Los artículos publicados en la revista podrán ser reproducidos libremente con fines académicos citando la fuente y el autor, según las características de la Licencia Creative Commons 4.0 (CC BY-NC-SA 4.0).

Al momento de recibir los archivos de los autores por medio de esta página o del correo electrónico en su versión pre-print, pasan a un repositorio institucional.

### **Tribuna**

-La "Tribuna" es un espacio dedicado a la reflexión libre sobre un tema de actualidad en el marco de la relación entre Derecho y Salud. Este espacio es asignado por el Consejo Editorial, en cada número, a un/a Profesor/a o Investigador/a de destacada trayectoria.

### **Estudios Generales**

-La sección "Estudios Generales" recibe colaboraciones originales e inéditas de autores procedentes del ámbito científico o profesional, cuyo objeto sea el estudio del derecho a la salud y la relación entre Derecho y Salud desde diversas órbitas. Todos los envíos son sometidos a doble arbitraje ciego.

### **Comentarios Jurisprudenciales**

-La sección "Comentarios Jurisprudenciales", se dedica al análisis de jurisprudencia relevante en el ámbito del derecho a la salud, dictadas durante el año anterior a la publicación de la Revista. Las colaboraciones son encargadas a jóvenes investigadores. Se reciben, asimismo, comentarios que serán simplemente revisados por el Consejo Editorial.

### **Reseñas de Jurisprudencia**

-La sección "Reseñas de Jurisprudencia" pretende acercar al foro extractos de sentencias destacadas, apuntando sólo algunos breves comentarios que tienen por objeto dar cuenta de cambios que ayuden a la investigación y a la aplicación del derecho.

### **Declaración de privacidad**

Los nombres y las direcciones de correo electrónico introducidos en esta Revista se usarán exclusivamente para los fines establecidos en ella y no se proporcionarán a terceros o para su uso con otros fines.







UNIVERSIDAD  
**Blas Pascal**



*Saber y Saber Hacer*

**0810 1 22 33 827 - [www.ubp.edu.ar](http://www.ubp.edu.ar)**