Discricionariedade na área da Saúde

Coordenador André Saddy

Autores

André Saddy • Dayane Aguiar Teixeira • Eduardo Langoni de Oliveira Filho
Flávio de Araújo Willeman • Iago Vasconcellos Macello Figueiredo
Juliano de Oliveira Pinto • Mariana Cristiana Monteiro Milani Rodrigues
Rafael Bitencourt Carvalhaes • Renato Barcellos de Souza
Rodrigo da Fonseca Chauvet • Rodrigo Garrido Dias

Editora CEEJ

www.ceej.com.br

Editor
André Saddy

Conselho Editorial

André Saddy – Universidade Federal Fluminense (Brasil)
Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo - Escola de Direito do RJ da Fundação Getulio Vargas (Brasil)
Christian Alberto Cao – Universidad de Buenos Aires (Argentina)
Claudia Ribeiro Pereira Nunes – Yale University (Estados Unidos da América)
Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva – Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil)
Daniel Wunder Hachem – Universidade Federal do Paraná (Brasil)
Emerson Affonso da Costa Moura – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (Brasil)
Irene Patrícia Nohara – Universidade Presbiteriana Mackenzie (Brasil)
José Eugenio Soriano García – Universidad Complutense de Madrid (Espanha)
Julián Pimiento Echeverri – Universidad Externado de Colombia (Colombia)
Orlando Vignolo Cueva – Universidad de Piura (Perú)
Pablo Schiavi – Universidad de la República / Universidad de Montevideo (Uruguai)
Reinaldo Funes Monzote – Universidad de Havana (Cuba)
Rodrigo Ferrés Rubio – Universidad Católica del Uruguay (Uruguai)

Sede: Rua Alcindo Guanabara n.º 24, sala 1405, Rio de Janeiro, RJ, Centro da Cidade, CEP 20.031-915, Brasil

COORDENADOR
André Saddy

DISCRICIONARIEDADE NA ÁREA DA SAÚDE

AUTORES
André Saddy – Dayane Aguiar Teixeira – Eduardo Langoni de Oliveira Filho – Flávio de Araújo Willeman – Iago Vasconcellos Macello Figueiredo – Juliano de Oliveira Pinto – Rafael Bitencourt Carvalhaes – Renato Barcellos de Souza – Rodrigo da Fonseca Chauvet – Rodrigo Garrido Dias

Rio de Janeiro
2020

Copyright © 2020 by André Saddy

Categoria: Direito Administrativo

Produção Editorial
Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ)

Diagramação: Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ)

O Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ) não se responsabiliza pelas opiniões emitidas nesta obra pelo seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895, de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados ao
Centro para Estudos Empírico-Jurídicos
(CEEJ)

Impresso pela Bok2

Catalogação: Daniele Alvarenga CRB7: 6873/RJ

Saddy, André

Discricionariedade na área da saúde / André Saddy [*et. al.*]. – Rio de Janeiro: CEEJ, 2020.
482 p.: il. (color.); 23 cm

Inclui tabelas e quadros.
ISBN: 978-65-80262-19-9

1. Agentes públicos - médico. 2. Saúde pública. 3. Autonomias públicas. I. Título. II. Teixeira, Dayane Aguiar.

CDD – 3610.3

Breve apresentação dos autores

André Saddy
Pós-Doutor pelo Centre for Socio-Legal Studies da Faculty of Law da University of Oxford. Doutor Europeu em "Problemas actuales de Derecho Administrativo" pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid, com apoio da Becas Complutense Predoctorales en España. Mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com apoio do Programa Alßan, Programa de Bolsas de Alto Nível da União Europeia para América Latina. Pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor da Faculdade de Direito, do Mestrado em Direito Constitucional e do Doutorado em Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense. Professor do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Vice-Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ). Diretor-Presidente do Centro de Estudos Empírico Jurídico (CEEJ). Idealizador e Coordenador do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). Consultor e parecerista. andresaddy@yahoo.com.br

Dayane Aguiar Teixeira
Advogada. Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense. Professora de Direito Empresarial da Cia Jurídica. Pós-Graduada pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Eduardo Langoni de Oliveira Filho
Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF). Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Membro do Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). Advogado.

Flávio de Araújo Willeman
Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado. Ex-Desembargador Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro, Biênio 2014/2016. Mestre em Direito. Doutorando em Direito na Universidade Federal Fluminense - UFF (PPGDIN). Professor dos Cursos de Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas – FGV-RIO, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ e da Escola Superior de Advocacia Pública - ESAP. Autor dos livros "Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras" – ed. Fórum; "Manual de Direito Administrativo", ed. I mpetus; e "Temas de Direito Público – Estudos de Direito Constitucional e Administrativo", ed. Lumen Juris.

Iago Vasconcellos Macello Figueiredo
Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (UFF); Bacharel em Direito na Universidade Federal Fluminense (UFF); Advogado inscrito na OAB/RJ, Membro do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC) e Membro do Grupo de Direito Tributário (GDT-RJ)

Juliano de Oliveira Pinto
Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Pós-graduado em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor, pela Universidade Estácio de Sá. MBA em Gestão da Administração Pública, pela Universidade Estácio de Sá. Professor da Cadeira de Direito Administrativo da Academia Militar das Agulhas Negras (AMAN)

Mariana Cristina Monteiro Milani Rodrigues
Mestranda em Direito Constitucional do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal Fluminense (PPGDC); Especialista em Direito Administrativo. Integrante do grupo de pesquisas em "Direito Administrativo Contemporâneo – GDAC". Servidora Pública Federal. E-mail: marianamilani@id.uff.br

Rafael Bitencourt Carvalhaes
Doutorando em Direito, Instituições e Negócios UFF. Mestre em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO. Especialista em Direito Civil Constitucional pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ. Especialista em Direito Público e Privado pela UNESA/FEMPERJ.

Renato Barcellos de Souza
Advogado, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (PPGDC/UFF)

Rodrigo da Fonseca Chauvet
Doutorando em Direitos, Instituições e Negócios pela Universidade Federal Fluminense (UFF/2017-2020). Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento, pela Universidade Cândido Mendes (UCAM/2012). Especialização lato sensu em Direito Administrativo-Empresarial pela Universidade Cândido Mendes (UCAM/2010). Graduação em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ/2007). Professor convidado de Direito Administrativo e Econômico da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio - desde 2013). Fundador e Coordenador do Grupo de Estudos de Direito Administrativo (GDA). Advogado.

Rodrigo Garrido Dias
Mestrando em Direito Constitucional (UFF/RJ). Graduado em Direito pela Unisinos/RS. Pesquisador no Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). Advogado. E-mail: rodrigogarrido@id.uff.br

Sumário

Apresentação 19

SAÚDE PÚBLICA, APRECIATIVIDADE E DISCRICIONARIEDADE NA ÁREA DA SAÚDE 21
André Saddy

Introdução 21
1. Breve histórico normativo da saúde no Brasil 23
2. Saúde como direito fundamental e social e o respeito à dignidade da pessoa humana.....28
3. Enfoque público e privado da saúde 29
4. Saúde pública como serviço público não privativo.....31
5. Saúde pública como intervenção participativa impositiva do Estado na ordem social.....34
6. Profissionais da área da saúde enquanto agentes públicos.....36
6.1 A legitimidade social e da legalidade administrativa da prática médica 39
7. Tomada de eleição ou decisão do profissional da área da saúde: processos, métodos e técnicas 42
8. Subjetividades ou autonomias públicas dos profissionais da área da saúde 61
Conclusões 72
Referências 73

SUBJETIVIDADES PÚBLICAS NA BASE DE CÁLCULO DO PERCENTUAL MÍNIMO ORÇAMENTÁRIO A SER APLICADO PELOS ESTADOS NA SAÚDE PÚBLICA: análise dos artigos 3º e 4º da Lei Complementar 141/2012.....79
Flávio de Araújo Willeman

Introdução 80
1. Subjetividades Públicas.....85

1.1. Vinculação e discricionariedade 85
1.2. Espaço de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados 88
1.3. Teoria da Apreciatividade versus Discricionariedade.....89
2. Subjetividades públicas interpretativas nos artigos 3º e 4º da Lei Complementar n. 141/2012 92
2.1. Vigilância em saúde, incluindo a epidemiológica e a sanitária (inciso I do artigo 3º da LC 141/12).....93
2.2. Atenção integral e universal à saúde em todos os níveis de complexidade, incluindo assistência terapêutica e recuperação de deficiências nutricionais (inciso II do artigo 3º da LC 141/12) 95
2.3. Capacitação do pessoal de saúde do Sistema Único de Saúde (inciso III do artigo 3º da LC 141/12) 101
2.4. Desenvolvimento científico e tecnológico e controle de qualidade promovidos por instituições do SUS (inciso IV do artigo 3º da LC 141/12) 102
2.5. Produção, aquisição e distribuição de insumos específicos dos serviços de saúde do SUS, tais como: imunobiológicos, sangue e hemoderivados, medicamentos e equipamentos médico-odontológicos (inciso IV do artigo 3º da LC 141/12) 103
2.6. Saneamento básico de domicílios ou de pequenas comunidades, desde que seja aprovado pelo Conselho de Saúde do ente da Federação financiador da ação e esteja de acordo com as diretrizes das demais determinações previstas na Lei Complementar (inciso VI do artigo 3º da LC 141/12).....105
2.7. Saneamento básico dos distritos sanitários especiais indígenas e de comunidades remanescentes de quilombos (inciso VII do artigo 3º da LC 141/12) 107
2.8. Manejo ambiental vinculado diretamente ao controle de vetores de doenças (inciso VIII do artigo 3º da LC 141/12) 107
2.9. Investimento na rede física do SUS, incluindo a execução de obras de recuperação, reforma, ampliação e construção de

estabelecimentos públicos de saúde (inciso IX do artigo 3º da LC 141/12) 109
2.10. Remuneração do pessoal ativo da área de saúde em atividade nas ações de que trata este artigo, incluindo os encargos sociais (inciso X do artigo 3º da LC 141/12) 110
2.11. Ações de apoio administrativo realizadas pelas instituições públicas do SUS e imprescindíveis à execução das ações e serviços públicos de saúde (inciso XI do artigo 3º da LC 141/12) 112
2.12. Gestão do sistema público de saúde e operação de unidades prestadoras de serviços públicos de saúde (inciso XII do artigo 3º da LC 141/12) 113
Conclusão 114
Referências 115

SUBJETIVIDADES PÚBLICAS NA ATUAÇÃO DOS CONSELHOS PROFISSIONAIS DA ÁREA MÉDICA: uma análise a partir de casos julgados pelos tribunais regionais federais 117
Rodrigo Garrido Dias
Introdução 117
1. As Diferentes Espécies de Subjetividades Públicas 119
1.1. Liberdade de Conformação ou Configuração 121
1.2. Discricionariedade em sentido técnico-jurídico 122
1.3. Apreciatividade administrativa 125
1.4. Margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados 126
2. Atuação do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais de Medicina 127
2.1 Natureza e Atribuições dos Conselhos 127
2.2 Processo Disciplinar nos Conselhos Federal e Regionais 130
2.2.1 Disposições Gerais 131
2.2.2 Sindicância 132
2.2.3 Processo Ético-Profissional 133
2.2.4 Recursos 134

3. Identificação das subjetividades públicas na atuação do CFM e dos CRM's. 135
3.1 Atribuições normativas dos Conselhos 136
3.2 Atribuições judicantes dos Conselhos....138
3.2.1 TRF da 1a Região....138
3.2.2 TRF da 3a Região....146
3.2.3 TRF da 5a Região....154
Considerações finais....155
Referências....155

A LIBERDADE DE ATUAÇÃO DOS MÉDICOS DIRETORES DE HOSPITAIS PÚBLICOS PARA A EDICÃO DOS PROCEDIMENTOS OPERACIONAIS PADRÃO 159
Eduardo Langoni de Oliveira Filho
Introdução 159
1. As direções técnica e clínica 164
1.1 Os hospitais e o cargo de direção....164
1.2 Atribuições dos cargos de diretor técnico e diretor clínico....167
1.3 A posição do Diretor dentro da escala de tomadores de decisão 170
2. Os Procedimentos Operacionais Padrão (POPs)....172
2.1 Definição....172
2.2 Objetivos 176
2.3 A vinculatividade do POP e a autovinculação 178
3. Análise das subjetividades públicas 181
3.1 Elementos introdutórios 181
3.2 A discricionariedade e a atuação do Diretor 183
3.3 A insuficiência dos conceitos jurídicos indeterminados enquanto fonte da autonomia do diretor 186
3.4 As categorias que conferem a subjetividade do diretor da Unidade Hospitalar....190
3.5 Uma última possibilidade: a "não liberdade" como fruto de uma atuação vinculada 197

Conclusões 202
Referências 204

O EXERCÍCIO DAS SUBJETIVIDADES PÚBLICAS PELO GESTOR DA UNIDADE BÁSICA DE SAÚDE (UBS) 209
Rodrigo da Fonseca Chauvet
Introdução 209
1. Conceito, finalidade e estrutura da Unidade Básica de Saúde (UBS) 212
2. O papel do gestor da UBS 215
3. A dupla caracterização do gestor da UBS: supervisor (*supervisor*) e agente de campo ou das ruas (*street level bureaucrat*). 218
4. As subjetividades públicas e seu exercício pelo gestor da UBS 223
4.1 As atividades complementares ao trabalho de outros profissionais de saúde e a potencial incidência da liberdade de conformação e/ou da apreciatividade 229
4.2 As atividades ligadas à preparação e manutenção da infraestrutura e gerência da UBS em si e a potencial incidência da liberdade de conformação, da discricionariedade e/ou da apreciatividade 230
4.3 As atividades educativas voltadas para a saúde e a realização e participação em palestras e eventos em saúde e a potencial incidência da liberdade de conformação 231
4.4 As atividades próprias de enfermagem e tratamentos peculiares e a potencial incidência da liberdade de conformação, da discricionariedade e/ou da apreciatividade 232
Conclusões 233
Referências 235

A SUBJETIVIDADE NA ATUAÇÃO DO MÉDICO GINECOLOGISTA OBSTETRA DURANTE O TRABALHO DE PARTO 237
Mariana Cristina Monteiro Milani Rodrigues

Introdução 237
1. Subjetividades públicas 240
2. O profissional de medicina.....244
2.1 O médico ginecologista e obstetra: características e atuação...244
3. As possíveis escolhas durante o trabalho de parto 249
3.1 Parto Normal x Parto Cesárea 249
3.2 A subjetividade na atuação médica durante o trabalho de parto na escolha da via de parto 255
3.3 Procedimentos realizados durante o trabalho de parto: violência obstétrica, ocitocina, episiotomia, fórceps, manobra de kristeller e balão ou sonda.....258
3.4 A subjetividade na atuação médica durante os procedimentos realizados durante o trabalho de parto 264
Conclusões 266
Referências.....267

AS SUBJETIVIDADES NA ATUAÇÃO DO MÉDICO PÚBLICO NA PRESCRIÇÃO DE MEDICAMENTOS COM RESPEITO ÀS LISTAS DO SUS 273
Renato Barcellos de Souza
Introdução 274
1. Das listas de medicamentos autorizados 277
1.1 Uma questão para os nossos tempos: deveria o critério econômico-orçamentário ser utilizado como limitador da autonomia médica? 283
2. Das subjetividades dos médicos públicos na prescrição de medicamentos.....289
2.1 Do problema do enquadramento dos médicos públicos como *street-level bureaucrats*.....289
2.2 Breve anotação quanto à arbitrariedade do médico público 294
3. As opções dos médicos públicos e suAs SUBJETIVIDADES ..294
3.1 A situação.....294
3.1 Atender ou não o paciente.....297

3.2 Atender o paciente e optar por não prescrever nenhuma medicação.....298
3.3 Caso o médico opte por prescrever medicação.....299
3.3.1 Há apenas um medicamento julgado adequado pelo médico na(s) lista(s) do SUS.....299
3.3.2 O medicamento julgado adequado pelo médico não existe na(s) lista(s) do SUS, mas existe no mercado brasileiro e foi aprovado pela ANVISA.....300
3.3.3 O medicamento julgado adequado não existe na lista do SUS, mas existe no mercado internacional sem ter sido aprovado pela ANVISA.....303
3.3.4 Não existe medicamento aprovado para o tratamento do paciente em questão.....304
3.3.5 Há mais de uma opção pelo SUS de medicamentos para o paciente em questão.....305
3.3.6 O medicamento ideal não existe na(s) lista(s) do SUS, mas há um similar nas listas autorizadas que pode vir a resolver o problema.....306
3.3.7 O médico discorda da apresentação do medicamento que consta da lista de referência em favor de uma outra, não constante do sistema.....306
3.3.8 O paciente tem sua própria opinião a respeito do tratamento.....307
3.3.8.1 A opinião do paciente quanto ao tratamento tem respaldo científico, e consta do rol do SUS.....308
3.3.8.2 A opinião do paciente quanto ao tratamento tem respaldo científico, mas não consta do rol do SUS.....308
3.3.8.3 A opinião do paciente não tem respaldo científico.....308
3.3.9 O paciente sofre de doença grave, sem prognóstico de cura.309
3.3.9.1 O paciente quer iniciar/continuar (com) um tratamento que não lhe trará benefícios.....309
3.3.9.2 O paciente quer abandonar o tratamento.....309
Conclusões.....310

Referências 313

AS SUBJETIVIDADES DOS PROFISSIONAIS NAS CLASSIFICAÇÕES DE RISCOS ("TRIAGENS") REALIZADAS EM PACIENTES DE UPAS NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO ..319
Dayane Aguiar Teixeira

Introdução 319
1. Níveis hierárquicos no Sistema Único de Saúde.....322
2. Unidades de pronto atendimento.....323
3. Classificação de risco 325
3.1 Conceito 325
3.2 Origem do termo 326
4. Acolhimento, classificação de riscos e legislação atinente 328
4.1 Profissionais habilitados.....334
5. Análise dos tipos de subjetividades públicas 335
5.1 Liberdade de conformação ou configuração 337
5.2 Discricionariedade em sentido técnico-jurídico.....338
5.3 Margem de livre apreciação dos Conceitos Jurídicos Indeterminados 340
5.4 Apreciatividade 342
6. Sistemas existentes para classificação de riscos 343
7. O protocolo adotado no Brasil 348
8. Jurisprudências 353
9. As subjetividades observadas na atuação dos enfermeiros nas UPAs 355
Considerações finais.....359
Referências 360

A SUBJETIVIDADE PÚBLICA NOS LIMITES DA VIDA: uma análise das escolhas médicas diante da ortotanásia e mistanásia.....369
Rafael Bitencourt Carvalhaes

Introdução 369

1. A morte e seus conceitos técnicos e jurídicos: eutanásia, distanásia, ortotanásia e mistanásia 371
1.1 Eutanásia e suas modalidades 372
1.2 A distanásia como violação da dignidade do paciente 373
1.3 Da ortotanásia e sua regulamentação no direito brasileiro 374
1.3.1 O problema da vinculação e constitucionalidade das resoluções do CFM 376
2. A discricionariedade médica potencial e efetiva nos casos da ortotanásia 388
4. A mistanásia e a aprecitividade administrativa na atuação médica 396
Conclusão 404
Referências 406

SUBJETIVIDADE DO MÉDICO-PERITO PREVIDENCIÁRIO 411
Juliano de Oliveira Pinto
Introdução 411
1. Perícia médica 414
1.1 Perícia médica previdenciária 417
2. Médico-perito 419
2.1 Médico-perito previdenciário 425
3. Subjetividades do médico-perito previdenciário 428
3.1 Modalidades de subjetividade ou autonomia do médico-perito previdenciário 430
3.1.1 Liberdade de conformação ou configuração 431
3.1.2 Discricionariedade administrativa 432
3.1.3 Margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados 437
3.1.4 Apreciatividade administrativa 442
Conclusões 449
Referências 451

A SUBJETIVIDADE DO ENFERMEIRO EM RECUSAR-SE A REALIZAR UMA DETERMINAÇÃO MÉDICA.....455
Iago Vasconcellos Macello Figueiredo
Introdução 455
1. Administração Pública 457
2. Subordinação na Administração Pública 459
3. Aproximações e distanciamentos entre a enfermagem e a medicina 463
4. Subjetividades/Autonomias da Administração Pública 465
5. Normas que permeiam os profissionais de enfermagem.....469
Considerações finais.....477
Referências 478

Apresentação

Após o lançamento da obra coletiva "Discricionariedade na Área Policia", decidiu-se continuar pesquisando o tema das subjetividades ou autonomias públicas em outros setores, sendo o setor da saúde o seguinte.

Para tanto, sugeriu-se aos alunos da disciplina "Limitações constitucionais às escolhas públicas", por mim ministrada no ano de 2017, 2018 e 2019, no Mestrado Acadêmico do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGDC) e na disciplina "Judiciário, justiça e jurisdição administrativa I" no Doutorado Acadêmico do Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios (PPGDIN), ambos da Universidade Federal Fluminense (UFF), que desenvolvessem artigos científicos, como requisito para aprovação na disciplina, para compor esta obra coletiva.

Na disciplina, cada mestrando/doutorando foi instado a escolher e explorar um tema que abordasse a "discricionariedade médica", devendo necessariamente discutir as subjetividades ou autonomias presentes nas escolhas a serem feitas por parte dos agentes públicos profissionais da área da saúde, com foco no médico.

Neste sentido, os artigos consolidados nessa obra focam o médico, agente público, apesar de alguns artigos abordarem a liberdade de decisão de outros profissionais da área da saúde.

Ressalta-se que a atuação de tais profissionais, quando em atuação como particulares, não foi objeto dos artigos inseridos nessa obra. Toda situação apresentada diz respeito ao agente público, pois do contrário não há como se falar em subjetividade ou autonomia administrativa. Os profissionais particulares possuem uma imensa liberdade de atuação cujos limites são dados pela ética profissional, e cuja análise escapa ao objetivo inicialmente proposto, mas isto não significa que não se tenha analisado o aspecto ético das decisões dos médicos públicos neste trabalho.

Justifica-se uma obra como essa pois a medicina oferece distintas técnicas científicas diagnóstico-terapêuticas, ou seja, uma vasta gama de possibilidades de escolhas, que perpassam pelo momento em que o médico atenderá o paciente, pela análise que fará do paciente, pelas perguntas que demandará a este, pela escolha dos exames que solicitará para definir o diagnóstico, pela escolha do prognóstico e do tratamento a ser realizado, entre outras decisões.

Isto, no entanto, não significa que o médico tenha total liberdade decisória, pois deve sempre usar técnicas clínicas adequadas, bem como levar em consideração o estado da ciência e a adequação terapêutica do caso. Enfim, muitos são as formas de se limitar a tomada de decisão do profissional de saúde, agente público, mas estes não foram os objetos de análise dos alunos.

O foco, enfatiza-se, foram as diferentes subjetividades ou autonomias públicas existentes na tomada de decisão de profissionais da área da saúde, em especial, o médico. Com tal pesquisa, busca-se contribuir, no contexto brasileiro, para o aprofundamento de tal objeto, tão pouco explorado pela doutrina nacional e até mesmo na estrangeira.

Agradeço aos alunos, pela excelência dos artigos que aqui apresentamos e pela busca incessante do conhecimento. Convicto de que se está diante de uma esplêndida obra, parabenizo a todos pelo empenho.

André Saddy
MMXIX, setembro, Rio de Janeiro Brasil
andresaddy@yahoo.com.br

SAÚDE PÚBLICA, APRECIATIVIDADE E DISCRICIONARIEDADE NA ÁREA DA SAÚDE

André Saddy

Pós-Doutor pelo Centre for Socio-Legal Studies da Faculty of Law da University of Oxford. Doutor Europeu em "Problemas actuales de Derecho Administrativo" pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid, com apoio da Becas Complutense Predoctorales en España. Mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com apoio do Programa Alßan, Programa de Bolsas de Alto Nível da União Europeia para América Latina. Pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor da Faculdade de Direito, do Mestrado em Direito Constitucional e do Doutorado em Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense. Professor do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Vice-Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ). Diretor-Presidente do Centro de Estudos Empírico Jurídico (CEEJ). Idealizador e Coordenador do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). Consultor e parecerista. *andresaddy@yahoo.com.br*

Sumário: Introdução; 1. Breve histórico normativo da saúde no Brasil; 2. Saúde como direito fundamental e social e o respeito à dignidade da pessoa humana; 3. Enfoque público e privado da saúde; 4. Saúde pública como serviço público não privativo; 5. Saúde pública como intervenção participativa impositiva do Estado na ordem social; 6. Profissionais da área da saúde enquanto agentes públicos; 6.1 A legitimidade social e da legalidade administrativa da prática médica; 7. Tomada de eleição ou decisão do profissional da área da saúde: processos, métodos e técnicas; 8. Subjetividades ou autonomias públicas dos profissionais da área da saúde; Conclusões; Referências

Introdução

É notoriamente aceito que as atividades de promoção, prevenção e proteção da saúde são atribuições de inúmeros profissionais da área.

No que tange à prestação do serviço de saúde, o paciente tem direito à ciência clara e precisa dos procedimentos e tratamentos aos quais será submetido para possibilitar-lhe o consentimento ou a recusa. No entanto não lhe é facultado dispor da própria vida, principalmente quando ela está em iminente perigo.

Assim o é porque o art. 15 do Código Civil conferiu efetividade ao *princípio da autonomia da vontade do paciente*, permitindo que este participe das decisões que digam respeito aos tratamentos, às técnicas científicas diagnóstico-terapêuticas, entre outros temas que lhe serão ministrados ou aplicados, junto aos mais diversos profissionais da área de saúde.

Esse tipo de autonomia de vontade privada já foi muito bem estudado, mas não se tem conhecimento de estudos que tenham direcionado seu foco à liberdade de decisão dos profissionais da área da saúde, sejam estes ocupantes de posição como a de elite da Administração, de diretores e supervisores ou de agentes de campo, ou das ruas, também conhecidos como servidores da linha de frente.

Desse modo, visto que alguns desses profissionais atuam enquanto agentes públicos, o objetivo deste trabalho foi o de entender os processos, os métodos e as técnicas para a tomada de eleição ou decisão, bem como compreender os diferentes tipos de subjetividades ou autonomias. Para tanto, estabeleceu-se como hipótese da pesquisa a afirmação de que os profissionais da área da saúde apresentam diferentes tipos de subjetividades ou autonomias públicas.

Para atingir tal objetivo, fez-se, a princípio, um breve histórico normativo da saúde no Brasil para, ulteriormente, centrar-se na saúde como direito fundamental e social e distinguir a saúde pública da privada. Em continuidade ao estudo, foram identificados os diferentes tipos de profissionais da área da saúde para só então, conforme o tipo de agente público, estabelecer como ocorrem os processos, os métodos e as técnicas para a tomada de eleição ou decisão. Por fim, examinaram-se os diferentes tipos de subjetividades ou autonomias públicas, focalizando

seus tipos e evidenciando o posicionamento da doutrina quanto a algumas decisões judiciais estrangeiras e nacionais.

1. Breve histórico normativo da saúde no Brasil

O histórico da saúde pública brasileira[1] inicia-se com a chegada da família real portuguesa em 1808. Inicialmente, limitou-se ao desenvolvimento da profissão, criando-se duas escolas de medicina: o Colégio Médico-Cirúrgico no Real Hospital Militar da cidade de Salvador[2] e a Escola de Cirurgia do Rio de Janeiro[3]. Para não dizer que outras ações não existiam[4], além da criação de ambas as instituições, até 1850, as atividades de saúde pública limitavam-se à delegação das atribuições sanitárias às juntas municipais e controle de navios e saúde dos portos[5].

---

[1] Sobre o histórico do setor de saúde brasileira vide: <http://portal.saude.gov.br/>; BARBOSA, Plácido; REZENDE, Cássio Barbosa de (Org.). Os serviços de saúde pública no Brasil: especialmente na cidade do Rio de Janeiro de 1808 a 1907 (esboço histórico e legislação). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1909; POLIGNANO, M. V. História das políticas de saúde no Brasil: uma pequena revisão. Belo Horizonte: UFMG, 2001; SALLES, Pedro. História da medicina no Brasil. Belo Horizonte: G. Holman, 1971.

[2] Por meio de Carta Régia, de 18 de fevereiro de 1808, assinada por D. Fernando José de Portugal, Ministro do Reino, foi determinado que José Correia Picanço fizesse o plano do curso e que escolhesse, entre os cirurgiões do Hospital Militar, os professores que deveriam ensinar não só cirurgia, mas também Anatomia e Arte Obstétrica (SOUZA FILHO, J. A. O ensino da clínica obstétrica na Universidade da Bahia. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 1967).

[3] Criada pelo Decreto de 05, de novembro de 1808.

[4] Excepciona a criação, em 1809, do lugar de provedor-mor da saúde pelo Decreto 042, de 23 de julho. O alvará 006, de 22 de janeiro de 1810, dá regimento ao provedor-mor da saúde e a aprovação, criação e estabelecimento de hospitais regimentais (Decreto 064, de 07 de agosto de 1820).

[5] O Decreto 057, de 09 de julho de 1833, dá regulamento à inspeção de saúde pública do porto do Rio de Janeiro e o Decreto 268, de 29 de janeiro de 1843 contém o regulamento das inspeções de saúde dos portos, alterado posteriormente pelos

Seu primeiro marco legislativo foi em 1897, quando aprovado o regulamento da Diretoria Geral de Saúde Pública pelo Decreto 2.458, de 10 de fevereiro[6]. Depois, em 1920, por meio do Decreto 3.987, de 02 de janeiro, ocorre uma grande reorganização dos serviços da saúde pública, e a Diretoria Geral de Saúde Pública é substituída pelo Departamento Nacional de Saúde Pública[7]. Em 17 de julho de 1975, foi instituído o Sistema Nacional de Saúde, que abrangia as atividades que visavam à promoção, proteção e recuperação da saúde nos diversos campos de ação do Ministério da Saúde, do Ministério da Previdência e Assistência Social, do Ministério da Educação e Cultura, do Ministério do Interior e outros, além dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios[8].

Decretos 2.409, de 27 de abril e 2.734, de 23 de janeiro, que instituíram novos regulamentos à inspeção de saúde dos portos.

[6] Subordinada ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores, suas atribuições consistiam basicamente: na direção dos serviços sanitários dos portos marítimos e fluviais, na fiscalização do exercício da medicina e da farmácia, nos estudos sobre as doenças infecto-contagiosas, na organização de estatísticas demográfico-sanitárias e no auxílio aos Estados, mediante solicitação dos respectivos governos e em casos previstos constitucionalmente.

[7] Essa nova estrutura introduziu a propaganda e a educação sanitária como técnica de ação, inovando o modelo conhecido, à época, como campanha puramente fiscal e policial.

Em 1930, com o Decreto n.º 19.402, de 14 de novembro, foi criado o Ministério da Educação e Saúde Pública. Em 13 de janeiro de 1937, foi instituída a Lei n. 378, que reformulou o mesmo Ministério da Educação e Saúde Pública, e debatia apenas questões internas. Nesse período, o Estado não oferecia assistência médica, a não ser em casos especiais, como tuberculose, hanseníase e doença mental. Em 25 de julho de 1953, foi criado o Ministério da Saúde, por meio da Lei n.º 1.920, desmembrando o anterior Ministério da Saúde e Educação em dois: saúde e educação e cultura.

[8] Devido à escassez de recursos para a sua manutenção, ao aumento dos custos operacionais e ao descrédito social em resolver a agenda da saúde, todo o modelo proposto entrou em crise. Na tentativa de conter custos e combater fraudes, foi instituído, pelo Ministério da Previdência, no âmbito do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), o Conselho Consultivo de Administração da Saúde Previdenciária (CONASP) (Lei n.º 6.950, de 04 de novembro de 1981), criado com o objetivo de racionalizar as despesas, contenção de gastos e custos do sistema de saúde.

Atualmente, o Sistema da saúde pública[9] que atende a toda população é regulamentado pela Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990

Em 1983, foram criadas as Ações Integradas de Saúde (AIS), um projeto interministerial (Previdência – Saúde -Educação) visando a um novo modelo assistencial, que incorporava o setor público, procurando integrar ações curativo-preventivas e educativas da saúde entre instituições públicas, federais, estaduais e municipais, objetivando o desenvolvimento dos sistemas estaduais de saúde para atender a Política Nacional de Saúde.

[9] Paralelo ao sistema de saúde pública, sempre existiu, no Brasil, devido à escassez de recursos para a sua manutenção, ao aumento dos custos operacionais e ao descrédito social em resolver a agenda da saúde, um setor médico privado. Esse cresceu e se desenvolveu por meio de fomento estatal até a crise da década de 1980, quando passou a formular novas alternativas para sua estruturação, direcionando seu modelo para parcelas da população, classe média e categorias de assalariados, procurando, por meio da poupança desses setores sociais, organizar uma nova base estrutural.

Concebeu-se um subsistema de atenção médica supletiva, composto de 5 (cinco) modalidades assistenciais: medicina de grupo, cooperativas médicas, autogestão, seguro-saúde e plano de administração. Cada modalidade com sua peculiaridade, todas possuem um denominador comum que era o fato de basear-se em contribuições mensais dos beneficiários (poupança), em contrapartida pela prestação de determinados serviços. Estes serviços e benefícios eram predeterminados, com prazos de carências, além de determinadas exclusões. Tal subsistema cresceu ao ponto de corresponder a ¼ da população total brasileira, chegando a ter um volume de faturamento na casa dos trilhões de dólares.

O mercado de seguros ou planos privados de saúde varia consoante à importância do setor público de saúde no sistema de saúde de cada país. Conforme M. Marchand e F. Schroyen (MARCHAND, M.; SCHROYEN, F. Markets for Public and Private Health Care: Redistribution Arguments for a Mixed System. Discussion Paper 23. Louvain: Center for Operations Research and Econometrics, Université Catholique de Louvain, 2001), um sistema de saúde misto, com um setor público de dimensão média, alcança melhores resultados em termos de bem-estar social, desde que haja uma boa distribuição de renda na população desse país. Para T. Christiansen, J. Lauridsen e F. Kamper-Joergensen (CHRISTIANSEN, T.; LAURIDSEN, J.; KAMPER-JOERGENSEN, F. Demand for Private Health Insurance and Demand for Health Care by Privately Insured in Denmark – With a Specific View to Equity. Odense: Department of Public Health, University of Southern Denmark, 2001), não é apenas a distribuição de renda, mas também, o grau de escolaridade que desempenha um papel importante na aquisição de seguros ou planos privados de saúde. Afirma que a

(Lei Orgânica da Saúde), que regula, em todo o território nacional, as ações e os serviços de saúde. Esta lei fixa o campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS), criado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), e estabelece a competência das várias entidades estatais, União, Estados e Municípios, regulando, ainda, a participação complementar da iniciativa privada. A Lei n.º 8.142, de 28 de dezembro 1990, veio regular a participação da comunidade na gestão do SUS, estabelecendo ainda os requisitos necessários para a transferência de recursos aos Estados e Municípios.

Depois, veio a Lei n.º 9.656, de 03 de junho de 1998, voltada para regular a atuação privada no segmento da saúde, estabelecendo regras aplicáveis aos planos privados de assistência à saúde. Ela objetivou uma uniformização da oferta de planos de saúde a partir de parâmetros mínimos de atendimento, permitindo, em consequência, uma maior competição de qualidade e valor dos produtos e serviços ofertados. Para tanto, dispõe sobre os direitos e deveres dos consumidores e fornecedores nesse mercado específico, bem como do agente público encarregado da efetivação dos comandos definidos[10].

---

probabilidade de tê-los aumenta com a renda, a escolaridade obrigatória e os anos adicionais de frequência de outros tipos de ensino. Também a incidência da doença ou a sua cronicidade desempenham um papel importante no mercado de seguros ou planos privados de saúde, uma vez que determinam o tipo de cobertura (FELDMAN, R.; ESCRIBANO, C.; PELLISE, L. The role of government in health insurance markets with adverse selection. Health Economics. n. 8, v. 7, p. 659-670, ago., 1998; NEUDECK, W.; PODEZECK, K. Adverse selection and regulation in health insurance markets. Journal of Health Economics. Bristol, n. 4, v. 15, p. 387-408, ago., 1996).

Hoje, como poderá se observar, a CRFB abriu à iniciativa privada a possibilidade de atuação em caráter complementar.

[10] Estão submetidas às normas estabelecidas por essa legislação todas as pessoas jurídicas de Direito Privado que operam planos de assistência social (art. 1.º), incluindo-se, aí, as cooperativas que operem os *"plano privado de assistência à saúde"* (definidos no art. 1.º, § 1º, inciso I) e as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde, pela modalidade de autogestão ou de administração. Verifica-se, portanto, a impossibilidade de operação de produtos por pessoas físicas.

Em seguida, foi criada, pela Lei n.º 9.961, de 28 de janeiro de 2000, oriunda da aprovação da Medida Provisória n.º 1.928, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)[11], para a fiscalização dos comandos previstos na Lei n.º 9.656/98, que já previa a existência de uma entidade reguladora[12]. A ANS, ao lado do Conselho de Saúde Suplementar – CONSU, criado pela Lei n.º 9.656/1998, órgão integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, integrado por Ministros de Estado e com competência para supervisionar a execução de políticas de saúde, aprovar o contrato de gestão da ANS, fixar normas para constituição, organização, funcionamento e fiscalização das empresas operadoras, regulam o setor[13]. Estes órgãos, acrescidos de inúmeras

---

[11] O Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu que cabe à ANS fiscalizar e *regular* os contratos posteriores à Lei n.º 9.656/98, mas não tem tal competência de interferir na autonomia dos pactos firmados antes de sua vigência e sujeitos a um outro conjunto de obrigações definidas nos contratos (e não numa legislação setorial), ou seja, os contratos firmados antes da vigência da Lei n.º 9.656/98 deveriam ser respeitados, o que é uma decorrência natural dos princípios da não retroatividade das leis e da autonomia da vontade. Isso, porém, não retira a competência da ANS, como autoridade administrativa fiscalizadora sob a matéria em zelar pela defesa do consumidor. Isto porque o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), como norma geral de produção e consumo (art. 24, V da CRFB), prevê a existência de normas supletivas, que tenham por objetivo reduzir o grau de abstração da generalidade de seus comandos para cada segmento de mercado (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI-MC - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 1931 UF: DF - DISTRITO FEDERAL, Fonte: DJ 28-05-2004 PP-00003 EMENT VOL-02153-02 PP-00266, Relator: Ministro Maurício Corrêa, Data Publicação: 28-05-2004).

É bom recordar, também, que a ANS divide o espaço dos serviços voltados para a regulação da saúde com a ANVISA.

[12] Tal lei foi regulamentada pelo Decreto n.° 3.327. Sobre a regulação jurídica do setor da saúde, vide: CUNHA, Paulo César Melo. A regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

[13] Ambas as leis possuem a finalidade de promover a defesa do peculiar mercado de saúde privada, além de garantir, por meio dos instrumentos regulatórios, uma relação saudável entre titular da atividade, fornecedores do serviço e consumidores, procurando alcançar um ponto médio diante da desigualdade de interesse.

menções na CRFB[14], são, portanto, o arcabouço legal que sustenta o serviço de saúde brasileiro.

2. Saúde como direito fundamental e social e o respeito à dignidade da pessoa humana

Por expressa disposição constitucional (arts. 5º e 6º), a vida e a saúde são direitos fundamentais e sociais invioláveis do cidadão, e, nos termos do art. 196 da CRFB, é dever do Estado protegê-los. É a partir da vida, valor fundamental e universal, que surgirão os outros direitos fundamentais, o que significa dizer que o corolário maior da dignidade humana é a vida, sem a qual, repita-se, não se pode falar ou justificar o exercício de nenhum outro direito para conferir dignidade a um cidadão.

Além disso, é notório que o Estado deve zelar pelo bem-estar de toda sociedade, motivo que ocasionou, ao longo da história, uma intervenção não só na economia, mas também no ordenamento social. Portanto, sendo a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos estruturais da organização política brasileira (art. 1.º, inc. III da CRFB), torna-se indispensável a atuação e, por conseguinte, a intervenção pública no setor de saúde, que, deve-se lembrar, é um direito fundamental e social previsto expressamente nos arts. 5º e 6º da CRFB.

[14] Art. 6º; 23, II; 24, XII; 30, VII; 34, VII, e); 35, III; 167, IV; 194; 196; 197; 198; 199; 200 e 227.

3. Enfoque público e privado da saúde

O dever de zelar pela saúde é comum a todas as entidades federadas (art. 23, inc. II da CRFB)[15]. A presença do Estado no segmento da saúde se dá em dois enfoques: público e privado[16].

No que diz respeito à saúde com enfoque público, as ações são desenvolvidas pela máquina administrativa estatal de modo a assegurar o cumprimento de um dever estatal de fornecer saúde a todos, incidindo, portanto, os princípios da universalidade e da igualdade, que se traduzem na necessidade de alcançar todos por meio de tratamentos isonômicos, além de prescrever um correlato dever do Estado de garantir a sua

---

[15] Recorda-se que, no âmbito da competência federal, por força do princípio da especialidade, a atividade administrativa de fiscalização do setor privado de saúde foi descentralizada por outorga da titularidade dessa função a uma entidade especializada na administração indireta, criando-se, por lei, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, que passou a exercer efetivamente o título de uma competência que, até então, situava-se na administração centralizada (Ministério da Saúde).

[16] Em ambos os enfoques, vislumbra-se a presença do Estado. Na saúde pública, como executor do serviço público; na saúde privada, como regulador da atividade econômica em sentido estrito, desenvolvida por entidades privadas. Maria Sylvia Zanella di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 33) elucida: *"No que diz respeito especificamente à saúde, o art. 197 estabelece que as ações e serviços de saúde devem ser executados diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado e o art. 199 proclama que 'a assistência à saúde é livre à iniciativa privada'. No primeiro dispositivo, cuida-se da saúde como serviço público (integrado em um sistema único) a cargo do Estado e contempla-se a possibilidade de que esse serviço seja prestado diretamente (pelo próprio Poder Público) ou através de terceiros, podendo esses terceiros ser pessoas físicas ou jurídicas de direito privado (o que implica a possibilidade de parceria com a iniciativa privada ou a delegação da execução a terceiros). No segundo dispositivo, cuida-se da saúde como atividade privada exercida pelo particular, por sua própria iniciativa; no § 1º do art. 199 volta-se à idéia de parceria entre público e privado, ao prever-se que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos"*.

promoção, por meio de políticas sociais e econômicas (art. 196 c/c 200 da CRFB)[17]. Em regra, a saúde pública tem sido prestada de maneira gratuita, embora a gratuidade não seja um imperativo constitucional para tais serviços. A CRFB, já reconhecendo a impossibilidade de oferecimento dos serviços de saúde pública a todos em condições de generalidade, regularidade, atualidade, cortesia, gratuidade ou modicidade de custos e eficiência, abriu à iniciativa privada a possibilidade de atuação em caráter complementar, nos termos do que prescreve o art. 199 da CRFB[18].

Já quanto ao enfoque privado da saúde, pode-se alegar que é ela exercida com caráter suplementar ao dever estatal de fornecer saúde a todos. A presença do Estado nesse setor se dá com a fiscalização da atuação da iniciativa privada no fornecimento de bens e serviços (art. 174, da CRFB), e não se confunde com a complementação exercida no setor público da saúde pelos particulares, afinal, esta última é uma atividade econômica, a qual é livre à iniciativa privada (art. 199 da

---

[17] A saúde, quando prestada pelo Estado, rege-se pelo disposto no art. 198 da Constituição. Concebeu-se, para o desenvolvimento de ações e serviços de saúde, um sistema único, através de uma rede regionalizada e hierarquizada, submetidos às seguintes diretrizes: descentralização, com direção única a cada nível de governo, atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e participação da comunidade (art. 198, da CRFB).

A ideia foi criar um só sistema de saúde, com receitas orçamentárias de todos os entes federativos (art. 198, parágrafo único, da CRFB), em que cada um deles atue, dentro da sua esfera de competência, de forma regionalizada e descentralizada, permitindo que todos tenham acesso a um serviço de saúde com qualidade. A execução dos serviços de saúde pode, entretanto, ser feita diretamente (ou seja, pelo próprio Estado), ou por intermédio de terceiros (art. 197, da CRFB), através das técnicas de descentralização como o convênio e a terceirização, por exemplo. Altera-se, aqui, apenas a forma de gestão do serviço público, mas continua sendo ele de responsabilidade do poder público. Trata-se do Sistema Único de Saúde (SUS), instituído como afirmado pela Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990.

[18] As instituições privadas participam de forma complementar do sistema único de saúde, mediante contrato de Direito Público ou convênio, sendo vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos e que atuem na área de saúde (art. 199, §1º e §2º, da CRFB).

CRFB), desenvolvida em regime de livre iniciativa, mas, sujeita a uma regulação estatal[19].

4. Saúde pública como serviço público não privativo

Vistos, sucintamente, ambos os enfoques que a CRFB concede aos serviços de saúde, cabe analisar quando a atuação do Estado assume a forma de serviço público.

Uma vez tida como um direito de todos, a saúde se qualifica como um direito difuso[20], isto é, transindividual, de natureza indivisível e cujo titulares são indetermináveis. O objetivo do serviço de saúde é, portanto, garantir o exercício do direito à saúde que integra não só questões epidemiológicas de fenômenos puramente biológicos, mas também

---

[19] Susete Barboza França (FRANÇA, Susete Barboza. A presença do Estado no setor saúde no Brasil. Revista do Serviço Público. n. 3, v. 49, p. 85-100, jul.-set., 1998, p. 88/89) demonstra as especificidades do mercado de saúde privada, que o tornam singular e que ensejam uma intervenção estatal por meio da regulação. Alude que, num modelo de mercado competitivo, é necessário uma série de pressupostos, a começar pela existência de compradores e vendedores bem informados, nenhum deles com poder suficiente para controlar os preços e consumidores que decidem livremente se irá comprar ou não, o que comprar, quando e onde comprar. Para a autora, na saúde, o consumidor não é livre. Afirma que "*a natureza da saúde e da doença limitam muito a soberania do consumidor de serviços de saúde"*. Aduz que, por ser a doença involuntária e imprevisível, a capacidade do consumidor para decidir que serviços obter é seriamente limitada. Incapaz de prever o momento em que vai consumir cuidados, desconhecendo a incidência da doença e a eficácia do tratamento, o consumidor revela uma enorme dependência em face do prestador. Por isso a regulação.

[20] Jorge dos Reis Bravo (BRAVO, Jorge dos Reis. A tutela penal dos interesses difusos. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 14) conceitua interesses metaindividuais como difusos, incluindo entre eles: *"o direito à saúde e o direito à proteção do consumo de bens e da utilização de serviços (aí se incluindo a proteção da produção, conservação, manuseamento, armazenamento, embalagem e venda dos produtos, alimentares ou outros, em condições de higiene, à proteção na adesão a clausulas contratuais preexistentes, à proteção contra abusos publicitários, etc.)"*.

sociais, ambientais, econômicos, culturais, educacionais, entre outros que podem gerar enfermidades.

No modelo de saúde pública, tem-se um serviço desenvolvido pelo Estado de modo a assegurar o cumprimento de um dever geral de fornecimento de saúde a todos se reconhecendo a possibilidade da iniciativa privada, de forma complementar, atuar no setor.

Ao analisar as correntes relativas à legitimidade na criação de serviços públicos existentes[21], pode-se argumentar que o serviço de saúde público não tem configurações de um serviço público inerente, pois pode não ser prestado apenas pelo Estado, além de não decorrer de alguma de suas funções básicas. Ainda sob o enfoque da corrente constitucionalista, poder-se-ia dizer que esses serviços são considerados serviço público por opção político-constitucional, tendo em vista os arts. 34, inc. VII, "e"; 35, inc. III; 167, inc. IV da CRFB, que dispõem expressamente sobre um serviço público de saúde; art. 194 da CRFB que afirma compreender a seguridade social nas ações conjuntas dos poderes públicos e da sociedade, mas, principalmente; art. 196 da CRFB que garante a saúde como um direito de todos e dever do Estado, promovendo um acesso universal e igualitário para a sua promoção, proteção e recuperação; art. 197 da CRFB que afirma ser de relevância pública as ações e serviços de saúde, devendo sua execução ser feita diretamente ou por meio de terceiro; art. 198 da CRFB que trata especificamente das ações e serviços públicos de saúde; e art. 199 da CRFB que afirma que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde (SUS).

Ao considerar públicos os serviços de saúde pela corrente constitucionalista, deve-se entender também como públicos tais serviços para a corrente convencionalista-legalista, que entende que o conceito de serviço público depende de disposições constitucionais e/ou legais.

---

[21] Para a compreensão dessas correntes, vide: SADDY, André. Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

No mais, também, considerar-se-iam, como públicos, os serviços de saúde caso se adotasse a corrente essencialista, pois saúde por seu próprio conceito é uma necessidade relevante para a população, além de não poder ser atendida universal e igualitariamente de forma satisfatória pela iniciativa privada[22].

Ora, pelo fato de compartilhar-se do ideário da corrente essencialista-legalista, entende-se, neste estudo, que a saúde universal e igualitária é um serviço público não privativo, assim, devendo ser prestado pelo Estado e podendo ser realizado pela iniciativa privada[23].

Quando prestado pelo Estado, sem dúvida, estar-se-á diante do serviço público não privativo da saúde, cabendo a todas as entidades federadas o desenvolvimento de ações nesse sentido (art. 23, inciso II, CRFB), sob a forma de um conjunto encadeado de órgãos e atividades, denominado Sistema Único de Saúde (art. 200, CRFB).

Já quando prestado pela iniciativa privada, a exploração também se enquadrará como um serviço público não privativo e não como modalidade de atividade econômica em sentido estrito, mesmo sendo

---

[22] Saúde é "*um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença"* (definição encontrada no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde).

[23] Os serviços públicos não privativos são os serviços que possuem uma dubiedade de titulares, ou seja, são aqueles serviços que podem ser desenvolvidos pelo Estado ou pelo setor privado, sendo que este último os exerce de forma paralela ou complementar ao poder público. A iniciativa privada os presta livremente, não necessita de delegação, afinal, é titular do serviço, ou seja, desempenha-o independentemente de concessão, permissão ou autorização.

Os serviços públicos não privativos são todas atividades econômicas classificadas como serviço público que não tenham apenas titularidade pública. Ou seja, que tenham uma natureza competencial comum onde tanto o poder público como a iniciativa privada simultaneamente a possuem.

Isso significa que, por questões de essencialidade-legalidade, determinada atividade econômica é configurada como serviço público, porém, com aspectos quanto à sua prestação, por parte da iniciativa privada de atividade econômica em sentido estrito. O fato de não se sujeitar a nenhum título habilitante, não lhe exime da fiscalização do poder público, que a efetua no exercício normal de sua polícia administrativa.

sabedor de que ela possa almejar lucro, ao contrário do que acontece com o prestador público do serviço de saúde, cujo único objetivo é o atendimento dos interesses públicos.

A Legislação e também a essencialidade do serviço de saúde definem a natureza jurídica da atividade como um serviço público, por mais que a própria norma não requeira nenhum título habilitante. Afinal, dá-se ao particular a própria titularidade do serviço e não meramente a sua delegação.

Percebe-se assim que a sociedade impõe a participação do Estado na prestação do serviço de saúde, transferindo a ele o dever de prestá-lo (art. 196, CRFB), e não só de mantê-lo como o faz no serviço postal, e mais, reconhece a impossibilidade do Estado oferecer esses serviços a todos (art. 199, CRFB), o que leva ao entendimento, a *contrário sensu,* de que a sociedade conservou em suas mãos todo e qualquer serviço de saúde, seja ele para ser prestado com enfoque público ou privado. Logo, o Estado, além de executor do serviço universal e igualitário de saúde, também, atua como regulador do mercado de saúde privada.

5. Saúde pública como intervenção participativa impositiva do Estado na ordem social

A atuação pública efetiva no setor de saúde é indispensável. Deve-se, portanto, viabilizar os meios para o atendimento dos interesses públicos, construindo e mantendo hospitais, provendo-os de equipamentos, recursos humanos e materiais de serviços. Além de garantir a sua promoção por meio de políticas sociais e econômicas. Pouco interessa ao cidadão saber quem construiu o hospital, se este é próprio do Estado ou alugado, quem fabrica os equipamentos e materiais de serviços, de que maneira os mesmos foram adquiridos, se os recursos humanos dos estabelecimentos de saúde possuem vínculos estatutários ou celetistas. O que interessa ao cidadão é que ele tenha assegurado seu direito a um serviço de saúde universal e igualitário, de maneira eficaz, por ser direito de todos uma adequada prestação de serviços públicos.

Infere-se, desse modo, que existe uma intervenção participativa impositiva que obriga o Estado a prestar o serviço de saúde, por mais que exista, como se poderá analisar mais adiante, uma liberdade de optar como o realizará.

Ressalte-se que poderá o Estado transferir a gestão de unidades ou serviços a particulares por meio da terceirização, desde que a mantenha em funcionamento e que conserve o planejamento, a gestão e a fiscalização do Sistema Único de Saúde[24].

Acrescente-se, ainda, que quando as disponibilidades estatais forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada com a realização de contratos ou convênios. Dessa forma, esses particulares passam a integrar o Sistema Único de Saúde (arts. 1.º, 7.º e 24 da Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990). Trata-se da hipótese de participação complementar, estatuída no art. 199, §1º da CRFB, que deve ser realizada assegurando-se a preferência às entidades filantrópicas e às sem fins lucrativos.

---

[24] Para Marcos Juruena Villela Souto (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização: Privatização, Concessões e terceirização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 249 a 284), a gestão hospitalar realizada por privados seria uma terceirização, pois, além da prestação de serviços dos *"terceiros"*, a estes - e não ao Estado, mediante prévio concurso público e licitação - caberá a aquisição de bens e serviços e a admissão de pessoal. Como visto no âmbito da saúde, a terceirização é admitida por mandamento constitucional, inclusive a doutrina admite tal posição, defendendo o cabimento da terceirização, eis que a Administração deseja o serviço e não a pessoa física individualizada do prestador. Sobre as controvérsias de tal hipótese, afirma o autor (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo das concessões. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 364) que haverá, sem dúvida, quem alegue a violação ao princípio do concurso público para a admissão de pessoal, ou da licitação, para as compras de bens e contratação de serviços. Também recorda que haverá polêmica quanto ao destino dos atuais servidores das unidades a serem transferidas ao particular. E termina (ibidem) referindo que a *"flexibilidade da iniciativa privada, sob controle de resultados pelo Estado, pode ser uma alternativa viável (além de ser juridicamente válida) para a melhoria da qualidade dos serviços de saúde"*.

Assim, a intervenção participativa impositiva do Estado nos serviços de saúde pública ocorrerá mediante terceirização, contrato ou convênio. Na primeira forma, busca-se um aumento de qualidade do serviço; nas duas últimas, o preenchimento de uma oferta insuficiente.

6. Profissionais da área da saúde enquanto agentes públicos

Existe uma gama de profissionais que atua na área da saúde, sendo eles: os médicos, os farmacêuticos, os odontólogos, os enfermeiros, os médicos veterinários, os biólogos, os biomédicos, os nutricionistas, os fisioterapeutas, os terapeutas ocupacionais, os fonoaudiólogos, os profissionais em educação física, os psicólogos e os assistentes sociais.

Todos esses profissionais são habilitados para assegurar atividades de promoção, prevenção e proteção à saúde e, caso decidam ter uma relação estatutária com a Administração Pública, poderão, se aprovados em concurso público e quando nomeados, tomar posse e entrar em exercício como servidor público. Nesses casos, estar-se-á diante de servidores públicos médicos, servidores públicos farmacêuticos, servidores públicos odontólogos e assim por diante. Todos ocupantes de cargos públicos e, por conseguinte, estatutários. Esse conjunto de profissionais auxilia o Estado a minimizar o sofrimento humano, bem como "resguardar a vida e a saúde, bens supremos da pessoa, sujeitando-se à tutela estatal, pois a Constituição, em seu art. 196, consagra a saúde como direito de todos e dever do Estado"[25].

Tais profissionais, quando estatutários, poderão exercer, conforme classificação de Michael K. Brown[26], três tipos distintos de grupos de tomadores de decisões: a elite da Administração (*administrative elites*), que possui ampla liberdade de decisão e está extremamente influenciada pelas restrições políticas, ambientais e

[25] DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 213.

[26] BROWN, Michael K. Working the street: police discretion and the dilemmas of reform. New York: Russell Sage Foundation, 1988, p. 31 e 32.

organizacionais e em condições de estruturar e manipular as restrições da organização, ainda que a capacidade para fazê-lo possa ser limitada, segundo o caso, pelo poder dos subordinados; os diretores e supervisores (*managers and supervisors*), que possuem uma liberdade de decisão limitada e estão quase totalmente influenciados pelas restrições organizacionais, no entanto a aplicação e eficácia dos controles administrativos dependerão de suas decisões; e os agentes de campo ou das ruas (*street-level bureaucrats*), que possuem ampla liberdade de decisão em muitos casos, sendo sua atitude dependente do alcance de suas responsabilidades e tarefas e do impacto das restrições da organização, além de serem influenciados pelas restrições organizativas e ambientais.

Os profissionais da área da saúde terão suas subjetividades públicas influenciadas conforme a posição que venham a ocupar. Citar-se-ão, na sequência, alguns exemplos para promover mais clareza ao que se está aqui enunciando.

O Presidente da República, Chefe do Poder Executivo, auxiliado pelo Ministro de Estado, no caso, o Ministro da Saúde, são eles, sem dúvida, a elite da Administração dentro da federação brasileira. A opção por montar uma estrutura administrativa (órgão da Administração direta, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação) ou incentivar o particular a exercer a função de interesse público depende, em grande parte, da subjetividade deste agente político. No Brasil, onde se adota o presidencialismo, a direção superior da Administração é privativa do Presidente da República (art. 84, inc. II da CRFB); ainda que para a criação de entidades haja necessidade de lei específica (art. 37, incs. XIX e XX da CRFB), a ele cabe a iniciativa do processo legislativo (art. 61, §1º, inc. II, *e* da CRFB). Entende-se, assim, que a decisão política acerca da melhor técnica do exercício da autorização legislativa depende da chancela do Chefe do Poder Executivo, que poderá, inclusive, estabelecer os contornos da desestatização pela via regulamentar. Em síntese, a modelagem da prestação do serviço de saúde, centralizada ou descentralizada, e a

técnica de descentralização para a Administração indireta e, até mesmo para a iniciativa privada, por terceirização, convênio ou contrato, serão opções subjetivas do Estado, as quais, após realizadas, comportarão, dependendo do caso, em exploração comercial e/ou transferência de gestão.

Já os diretores e supervisores que são classificados como administradores hospitalares, por exemplo, apresentam outros tipos de subjetividades ou autonomias públicas. Como administrador hospitalar, eles são responsáveis por planejar, organizar e gerenciar o hospital, nesse sentido, envolvendo tanto a garantia do bem-estar dos pacientes como dos agentes administrativos, organizando o trabalho e gerenciando determinado espaço em prol do serviço público adequado. Inúmeras decisões que tomam envolvem diferentes tipos de subjetividades ou autonomias públicas, tais como definir o número de médicos e enfermeiros de seu quadro de funcionários e dispor as especialidades, compreendendo as necessidades do ambiente e a eficiência dos servidores. O administrador, também, planeja a manutenção preventiva de equipamentos médicos, controla o estoque de materiais, organiza a limpeza e direciona o destino de resíduos hospitalares, garantindo que o ambiente se mantenha organizado e higienizado, livre de qualquer transtorno que possa comprometer a segurança e o bem-estar dos pacientes. Estabelece, ainda, os procedimentos operacionais padrões. Enfim, entre inúmeras atribuições, exerce subjetividades ou autonomia das mais diversas formas.

Por sua vez, os agentes de campo ou das ruas, também conhecidos como servidores da linha de frente, são aqueles que detêm tipos de subjetividades ou autonomia mais brandas e que se projetam sobre fatos e critérios interpretativos, variando a intensidade de acordo com o âmbito no qual agem. É o caso, por exemplo, do médico que, em uma situação de iminente perigo à vida, terá de realizar uma tomada de decisão emanada com subjetividades ou autonomia que envolvam diferentes fatores, tais como a escolha dentre métodos e tratamentos indicados para um mesmo caso, visto que a medicina contemporânea

oferece uma vasta gama de possibilidades no que concerne à escolha de técnicas clínicas diagnóstico-terapêuticas adequadas, levando em consideração o estado da ciência e a adequação terapêutica do caso.

6.1 A legitimidade social e da legalidade administrativa da prática médica

Dentre todos os profissionais da área da saúde, vale fazer uma menção especial ao médico. Sua autoridade, em relação às demais áreas mencionadas, foi construída no decurso de séculos, sendo fundada na legitimidade social da atuação do profissional como detentor dos saberes relativos à saúde, à doença e à prescrição de tratamentos[27].

Essa legitimidade conferida ao profissional da medicina ocorreu, principalmente, após se empregar o método científico para o diagnóstico das enfermidades e busca de causas para os males da saúde, seguida pela prescrição de medicamentos e tratamentos comprovadamente eficazes.

---

[27] Eliot Freidson (FREIDSON, Eliot. Profissão Médica: um estudo de sociologia do conhecimento aplicado. São Paulo: Editora UNESP; Porto Alegre: Sindicato dos Médicos do RS, 2009), por exemplo, tece considerações sobre o desenvolvimento da Medicina enquanto profissão desde a Idade Média, quando era apenas um dos três cursos que as universidades da época ofereciam (a par do Direito e da Religião), prosseguindo na narrativa até o estabelecimento da Medicina como profissão técnica e com o prestígio de que desfruta nos dias de hoje. Segundo o autor (FREIDSON, Eliot. *Op. Cit.*, p. 25): *"Se considerarmos a profissão médica atualmente, fica claro que sua principal característica é sua preeminência. É preeminente não apenas no prestígio, mas também na autoridade relativa à sua especialidade. Isto para dizer que o conhecimento médico sobre doenças e seu tratamento é considerado autorizado e definitivo. Apesar das exceções interessantes [...] não existem representantes de ocupações em competição direta com a Medicina que tenham conseguido posições semelhantes na formulação de políticas relacionadas à saúde. A posição da Medicina hoje em dia está próxima das antigas religiões de Estado – ela tem um monopólio aprovado oficialmente sobre o direito de definir o que é saúde e doença e de tratá-la. Além disso, ela é altamente reconhecida pelo público, o que reflete o grande prestígio que possui"*.

Foi uma posição, portanto, conquistada e fundada em resultados positivos mensuráveis.

Inicialmente, a legitimidade do médico, enquanto único profissional apto a determinar o que seria saúde ou doença e também os tratamentos cabíveis, surgiu da sociedade que viu nele o conhecimento real, prático e eficaz para melhorar a condição humana. Só após tal reconhecimento que surgiu a legitimidade jurídica, decorrente de legalidade administrativa, que positivou em normas jurídicas a autoridade do médico, dessa forma, reconhecendo-lhes como os únicos profissionais capazes de exercer a medicina.

A Lei n.º 3.268, de 30 de setembro de 1957, que dispõe sobre os conselhos de medicina, seu regulamento, o Decreto n.º 44.045, de 19 de julho de 1958, e, também, a Lei n.º 12.842, de 10 de julho de 2013, que versa sobre o exercício da medicina, são os principais exemplos do que se está aqui discorrendo. Instrumentos de autorregulação como os Códigos de Ética Médica (Resolução do Conselho Federal de Medicina - CFM n.º 1.931/2009) e o Código de Processo Ético-Profissional (Resolução do Conselho Federal de Medicina - CFM n.º 2.145/2016) evidenciam o que foi mencionado. Entre os princípios da Ética Médica, encontram-se os Princípios de n.º VI, VII e XVI, que estabelecem a independência funcional do médico, *in verbis*:

> VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.
> VIII - O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho.
> [...]
> XVI - Nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou de instituição, pública ou privada, limitará a

> escolha, pelo médico, dos meios cientificamente reconhecidos a serem praticados para o estabelecimento do diagnóstico e da execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente[28].

É a legitimidade social mencionada e a legalidade administrativa hoje existente que estabelecem o poder do médico de determinar, de forma incontestável, os limites de sua própria atuação. Essa atuação médica tem estrita relação com o direito administrativo, principalmente quando diante de médicos públicos.

Angélica Carlini[29] aduz que *"[...] a decisão do médico é tratada como soberana* [sic]*, e o imaginário social construído ao longo de muitos anos associa o médico com o único profissional competente para dizer o que é certo e o que é errado em saúde"*. Apesar de a autora utilizar o termo soberania, entende-se que a melhor expressão é *autonomia técnica* do profissional médico. Na verdade, a classe médica não apenas autoafirma ser detentora do direito de definir o que é saúde e o que é doença e a única autorizada a prescrever tratamentos, mas também é reconhecida pela coletividade como o sendo. Essa legitimidade social adquirida pela profissão médica, em conjunto com a legalidade administrativa conquistada, reconhece uma enorme autonomia da qual o profissional médico goza quando exerce seu mister, seja como elite da Administração, como diretor ou supervisor ou como agente de campo ou das ruas/servidor da linha de frente.

---

[28] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n° 1.931/2009: Código de Ética Médica. Brasília: CFM, 2009, Capítulo 1, VII, VIII e XVI.

[29] CARLINI, Angélica. Judicialização da Saúde Pública e Privada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 30.

7. Tomada de eleição ou decisão do profissional da área da saúde: processos, métodos e técnicas

Eliot Freidson[30], quando trata da profissão do médico, afirma que ele, ao decidir, realiza *"um julgamento [ponderação e escolha] complexo que exige algumas vezes, em vez de cautela, a coragem de correr riscos"*. Como a medicina não é exata, torna-se imprescindível que o médico assuma riscos durante qualquer intervenção médica, além da necessidade de ponderar suas escolhas. No entanto os riscos são muito variados, e as ponderações podem levar a um grande número de opções à disposição do médico[31]. E tal explanação pode ser estendida a todos profissionais da área da saúde.

Existem três formas de *"pensamento efetivo ou aplicado"*: a tomada de decisões, a resolução de problemas e o pensamento criativo. Interessa apenas a tomada de decisões, pois faz referência ao feito de decidir que ação tomar. Em geral, implica ter uma margem de liberdade/autonomia/volição para eleger ou decidir entre atuar ou não e, em decidindo atuar, eleger alternativas ou opções disjuntivas. A tomada de decisão na Administração Pública é, de acordo com K. J. de Graaf, J. H. Jans, A. T. Marseille, e J. de Ridder[32], *"fact of life: members of the public are confronted with them all the time"*. Por isso, é importante estudar o processo, o método e as técnicas da tomada de eleição/decisão para diferenciar as distintas formas de subjetividades ou autonomias públicas.

A tomada de eleição/decisão não é uma ciência exata, mas a arte de tomá-la de uma maneira eficaz foi muito estudada, inicialmente, pelos

---

[30] FREIDSON, Eliot. Profissão Médica: um estudo de sociologia do conhecimento aplicado. São Paulo: Editora UNESP; Porto Alegre: Sindicato dos Médicos do RS, 2009, p. 185.

[31] FREIDSON, Eliot. *Op. Cit.,* p. 187.

[32] GRAAF, K.J. de; JANS, J.H.; MARSEILLE, A.T.; RIDDER, J. de. Quality of Decision-Making in Public Law: Studies in Administrative Decision-Making in the Netherlands. Groningen: Europa Law Publishing, 2007, p. 3.

economistas e psicólogos, principalmente no tocante a problemas com negócios, administração e políticas públicas, mas, atualmente, os juristas e sociólogos também tentam ajudar nessa compreensão.

O primeiro ponto que se deve mencionar é a distinção existente entre eleição e decisão. Para que exista qualquer uma das duas deve haver uma diversidade de alternativas ou opções suscetíveis de serem eleitas livremente[33], feitas por meio do reflexo condicionado, impulso, indiferença, ação consciente ou avaliação razoável. Miguel Córdoba Bueno[34] explica cada uma dessas reações[35].

Elege-se entre várias alternativas ou opções quando não se é capaz de quantificar os resultados[36]. Estar-se-á elegendo sempre que

---

[33] A habilitação das diversas alternativas ou opções suscetíveis de serem eleitas são derivadas de diferentes fontes.

[34] CÓRDOBA BUENO, Miguel. Metodología para la toma de decisiones. Madrid: Delta, 2004, p. 5 e 6.

[35] Afirma que um reflexo condicionado é uma resposta inconsciente ante uma situação repetitiva do entorno, frente a qual se educa a mente para que dê sempre a mesma resposta perante iguais estímulos. Não há de confundir, todavia, com o reflexo simples. Aqui não se pensa em fazer o movimento, não há avaliação das consequências, não há eleição ou decisão, simplesmente se faz.

Um impulso não é outra coisa que o desejo imperioso de levar ao cabo uma determinada atuação. Aqui tampouco há eleição ou decisão.

A indiferença é uma situação na qual se realiza um ato que para a pessoa não tenha consequências avaliáveis, ou seja, apresenta várias alternativas entre as quais se poderia optar entre qualquer delas.

A ação consciente se realiza quando se percebe a existência de um problema de eleição ou decisão e é consciente da existência de diversas alternativas e das possíveis consequências das mesmas, não obstante, ao final, elege uma delas, sem que realize uma avaliação racional da situação.

Por fim, a avaliação razoável se efetua quando racionalmente se expõem todas as alternativas, todos os condicionantes, avaliam-se todas as consequências e, ao final, mediante um processo de eleição ou decisão, opta-se pela alternativa mais adequada.

[36] A palavra eleição é ambígua, pois se utiliza para fazer referência tanto a um processo como ao resultado desse processo.

houver uma análise qualitativa[37] de um problema e pensa-se que uma das opções é melhor que a outra. Ou seja, só existirá eleição nos casos em que todas as alternativas ou opções se refiram a um mesmo fenômeno, e ditas alternativas ou opções sejam excludentes e comparáveis entre si.

Decidir, contudo, é ser sabedor de um problema, é se sentir envolvido por ele e atuar com liberdade, isto é, utilizando o livre-arbítrio para escolher a alternativa ou opção que se considere a mais adequada[38]. Assim, basicamente, formulado o problema e estudadas as

---

[37] Portanto se realizará uma graduação de alternativas e isso supõe a necessidade de estabelecer relação de preordem, de ordem ou de equivalência, para que assim possa ser capaz de estabelecer a preferência ou indiferença e, para que isso possa ocorrer, as alternativas, necessariamente, terão de ser comparáveis.

Para realizar tal avaliação quantitativa, Miguel Córdoba Bueno (CÓRDOBA BUENO, Miguel. Metodología para la toma de decisiones. Madrid: Delta, 2004, p. 15-17) distingue quatro possibilidades.

A intuição é o mecanismo de avaliação mediante o qual os sujeitos são capazes de eleger uma alternativa entre várias, sem que exista uma avaliação de resultados que permita racionalmente afirmar que alternativa se deve seguir.

O contágio é a aceitação explícita da avaliação de outro sujeito ou sujeitos como válida à hora de assumir nossa própria eleição, é quase uma eleição induzida.

O condicionamento é o processo mediante o qual não se pode livremente expressar uma eleição de uma alternativa entre várias. Pode ser temporal (intrínseco ou externo) ou espacial.

E a obrigatoriedade é a aceitação da avaliação de outro sujeito ou sujeitos, por um fato imperativo, ou seja, o sujeito renuncia por obrigação a exercer sua faculdade de eleição, assumindo a função de eleição de terceiro, aqui, a eleição é impositiva.

[38] Não confundir decisão com manifestação. Toda decisão é uma manifestação, mas não toda manifestação contém uma decisão. Isto significa que a Administração pode pronunciar-se sobre diferentes assuntos que são submetidos a sua consideração sem ditar, necessariamente, uma verdadeira decisão. Conclui-se, assim, que sempre que a lei estabelece um dever de decisão impõe, implicitamente, um dever de manifestação, mas a inversa não é verdade. Sobre tal distinção vide: GONÇALVES, Pedro; OLIVEIRA, Mário Esteves de; AMORIM, João Pacheco de. Código do Procedimento Administrativo – Comentado. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007 (7.ª Reimpressão da Edição de 1997), p. 167.

alternativas/opções, eleger-se-ão aquelas mais adequadas para alcançar os objetivos e, por fim, tomar-se-á a decisão propriamente dita[39].

Estruturalmente, a eleição vem antes da decisão. A tomada de decisão se apresenta como a sucessão de uma série de eleições sobre valores e objetivos a perseguir. Não é mais que uma série de decisões encaminhadas à realização dos fins e objetivos estabelecidos. Em ambas as formas (eleição ou decisão), o sujeito parece vinculado a duas ideias: por um lado, a ideia de liberdade, pois, onde não há liberdade, não há eleição ou decisão; e, por outro lado, a ideia de que somente há eleição ou decisão se há diferentes alternativas ou opções[40]. Do conjunto de alternativas ou opções de uma eleição ou decisão se costuma predicar duas propriedades: seu caráter exaustivo e seu caráter excludente. O caráter exaustivo do conjunto supõe que este inclui a totalidade de ações, que são alternativas ou opcionais nessa eleição/decisão. Enquanto o caráter excludente estabelece que a execução das ações que compõem esse conjunto é impossível de forma simultânea.

---

[39] MIGUEL CÓRDOBA BUENO (CÓRDOBA BUENO, Miguel. Metodología para la toma de decisiones. Madrid: Delta, 2004, p. 30 e 31) afirma que são elementos constitutivos de um processo de decisão: a existência de um conjunto de opções ou alternativas; o ambiente ou contexto estrutural em que o problema se suscitar, e que se concretizará em um conjunto de estados da natureza; uma função de avaliação dos resultados, que estabeleça as consequências atribuíveis da aplicação de cada opinião ou alternativas nos diversos possíveis estados de natureza.

Com tais elementos, ensina o autor que poderá representar o que se denomina a *"matriz de decisión"* na qual se indicam as alternativas possíveis, os estados de natureza e os resultados da eleição de alternativas.

[40] JOHN ADAIR (ADAIR, John. Toma de decisiones y resolución de problemas. Barcelona: nuevos emprendedores, 2008, p. 36) prefere a palavra opções que alternativas, pois entende que uma alternativa é, literalmente, um dos caminhos abertos. Explica o autor que as pessoas pouco hábeis na tomada de decisões tendem a escolher demasiadamente rápido qualquer das alternativas. Não gastam demasiado tempo ou energia mental em gerar, pelo menos, três ou quatro possibilidades.

Segundo Aristide Police[41]: *"la decisione, come tale, postula una volontà ed una scelta o, meglio, una volontà che si esercita in relazione ad una scelta. Applicando alle Amministrazioni pubbliche tale nozione di decisione, propria della scienza politica, si potrebbe dire, in generale, che tutti gli atti della p.a. sono decisioni amministrative e che tutte le attività ne sono conseguenze"*.

A decisão administrativa é, consequentemente, um processo de sucessivas operações em uma unidade de tempo resultante da interação entre o sujeito da decisão, o sistema e seu ambiente. É o resultado de um processamento de informações baseado na divisão do trabalho, que, a partir o ponto de vista prático, nunca conduz a uma solução exata e única, senão sempre e apenas a um conjunto de soluções defendíveis, satisfatórias e úteis. Como um processo de operações sucessivas dentro de uma unidade de tempo, a decisão é um processo em várias etapas, que conduz à solução por meio de sucessivas tentativas[42].

Em outras palavras, afirma o autor[43]:

> [...] in altri termini, la decisione amministrativa non appare più come un evento istantaneo, ma si presenta piuttosto come un processo evolutivo definito da una serie di interazioni e di adattamenti reciproci, attraverso i quali si disegna la disciplina degli interessi in gioco rispetto ad un certo problema del vivere comune. Più che in un punto conclusivo del procedimento amministrativo, dunque, il fenomeno della decisione diventa ora identificable in una linea variamente configurata e non unidirezionale, la quale percorre l'intero processo decisionale e fa emergere la decisione in misura variable a seconda dell'andamento procedimentale.

---

[41] POLICE, Aristide. La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 82.

[42] Ibidem, p. 87 e 88.

[43] Ibidem, p. 88.

Inúmeras decisões na área da saúde, por derivarem, com frequência, de atuações rotineiras, regulares e cotidianas, realizadas com imediatidade ou urgência, comumente, não oferecem alternativas ou opções exaustivas, se não que são sempre excludentes. E essas tomadas de decisões ocorrem ante uma situação concreta, na qual se avaliam inúmeras alternativas ou opções, formas de ação, omissão ou comportamentos considerados apropriados. A quantidade de formas dependerá das circunstâncias de cada situação e das atitudes da pessoa envolvida, que se configuram, inclusive, em limitações da liberdade de decisão, pois se pensa sempre que, em abstrato, haverá numerosas formas diferentes e possíveis de atuar ou não atuar. Afinal de contas, podem-se distinguir ações ou omissões que são apropriadas para diferentes etapas de qualquer eleição/decisão. É certo que perante situações hipotéticas, normalmente, haverá mais alternativas ou opções que frente ao caso concreto.

Saber o melhor modo de atuação, o que se deve fazer em determinada situação, como proceder em determinada circunstância, como lidar com diferentes casos e pessoas, tudo faz com que uma resposta absoluta seja impossível, levando o profissional da área de saúde, agente público, a ter uma margem de liberdade/autonomia/volição para a tomada de eleição/decisão.

Toda a tomada de eleição ou decisão possui distintos ambientes nos quais pode se desenvolver. Miguel Córdoba Bueno[44] classifica três ambientes: (I) um ambiente de certeza, quando são conhecidas com certeza todas as alternativas/opções e os resultados que delas se derivam; (II) um ambiente de risco, onde se conhecem as possíveis alternativas/opções, mas os resultados que delas se derivam podem manifestar-se de diferentes maneiras, em função de uma determinada lei de possibilidade; e, (III) um ambiente de incerteza, onde se conhecem as possíveis alternativas/opções, mas os resultados que delas se derivam podem manifestar-se de diferentes maneiras, mas não se trata de um

[44] CÓRDOBA BUENO, Miguel. Metodología para la toma de decisiones. Madrid: Delta, 2004, p. 36.

fenômeno de probabilidade ou se desconhece a lei de probabilidade pela qual se rege.

Na problemática eleitoral ou decisória, o esquema temporal também é importante. O que parece ser uma simples decisão, quase sempre, afeta a um número maior e mais completo de decisões. É importante, também, ter em conta que uma decisão feita em um ponto do processo pode afetar a decisão subsequente. Logo, haverá eleição ou decisões que se explicam de formas estáticas e outras que se explicam de forma dinâmica ou sequencial. Ademais, essas segundas podem supor a existência de fatores que alterem as condições iniciais.

M. Polanyi[45] discorre sobre o que chama *"polycentric problems"*. Segundo este autor, os problemas policêntricos implicam uma complexa rede de relações que interatua com os pontos de influência. Cada decisão se comunica a outros centros de decisão, mudando as condições de modo que uma nova base deve ser encontrada para a próxima decisão. Quase todos os problemas são policêntricos, pois suas soluções, de alguma forma, modificam a base sob a qual futuras decisões serão tomadas[46].

Deste modo, um processo de decisão sequencial é a concatenação temporal de um conjunto de eleições/decisões com um vínculo comum, que tenha como objetivo a resolução de um problema. Uma decisão não é feita de maneira independente, sobretudo no caso de se ter em conta as implicações de outros casos.

Roberto Bin[47] cita que existem *"decisioni amministrative complesse"*. Segundo o autor, as características das decisões administrativas complexas são:

> 1) L'aspetto più impresionante delle decisioni amministrative complesse è l'inconsueta vastità degli

[45] POLANYI, M. The logic of liberty: reflections and rejoinders. Michigan: University of Chicago Press, 1951, p 174-184.

[46] Para maiores informações sobre o problema da policentricidade, vide: WEILER, P. Two models of judicial decisión-making. Canadian Bar Review, n. 46, v. 3, p. 406-471, september, 1968.

[47] BIN, Roberto. Atti normativi e norme programmatiche. Milano: Giuffrè, 1988, p. 232.

> effetti che ne derivano e, perciò, degli interessi coinvolti [...]
> 2) Che decisioni amministrative di tale complessità debbano essere fondate su una base di informazioni eccezionalmente sviluppata e, a sua volta, complessa, non occorre certo dimostrarlo [...]
> 3) La terza caratteristica delle decisioni amministrative complesse riguarda il loro fondamento legislativo. L'esigenza che esse siano corredate da elementi previsionali non è che la conseguenza del fatto che la legge le "programma finalisticamente" attraverso l'indicazione di obiettivi e risultati da perseguire. La legge non determina il quadro dei "fatti rilevanti" descrivendoli nella fattispecie, ma delega all'amministrazione il compito, non solo di raccogliere ed elaborare le informazioni, ma persino di selezionarle, riucendone la complessità. La relazione tra enunciati legislativi programmatici, decisioni complesse e "prognosi" è duque molto stretta, e si ambienta all'interno della nozione di "programma di scopo", giè ampiamente illustrata e più volte ripressa nel corso di questo studio. [...]
> 4) Decisioni complesse implicano procedimenti decisionali complessi; questi provocano la moltiplicazione degli atti del provvedimento che trovano posto tra norma di legge e provvedimento finale.

Outra possibilidade que também deve ser mencionada é que as eleições/decisões podem ser tomadas por um indivíduo ou por um grupo de forma colegiada. Há eleições/decisões que serão realizadas por determinados agentes, que a exerçam de forma unipessoal, o que implica uma concentração de responsabilidade. Por sua vez, podem ser realizadas pela composição de vontade de vários agentes, ou seja, por um órgão colegiado. Na última forma indicada, os agentes exercem a tomada de decisões em casos abstratos ou concretos, privilegiando, sempre, a regra do consenso ou da maioria, utilizando cada um sua subjetividade ou autonomia de forma paralela.

Vale mencionar que a doutrina fomenta a tomada de decisões de maneira colegiada, pois uns são melhores em determinados mecanismos que outros, assim, a união de pessoas lograria um melhor resultado ao analisar, sintetizar e valorizar. John Adair[48], por exemplo, afirma que: *"cuanto más se comparten las decisiones, más probabilidades hay de que la calidad de la decisión sea alta. Además, la gente tiende a estar mucho más motivada para implementarlas si han podido colaborar en la toma de esta decisión, sobre todo si está directamente relacionada con su vida laboral. Aun así, las exigencias de cada situación –poco tiempo y el factor crisis- muchas veces restringen el alcance de la colaboración. Y también tiene que recordar que cuanto más comparta una decisión, menos control tendrá sobre la calidad y la dirección resultante"*. Ademais, há de se evitar a tendência de mesclar as emoções e aspectos políticos no processo. Irving L. Janis e Leon Mann[49] destacam modelos habituais de respostas que diminuem a racionalidade para suas decisões. Estes modelos são os seguintes: evasão defensiva (adiantamento excessivo das decisões); sobrerreação (adoção impulsiva de decisões com o intuito de escapar do estado de ansiedade); e hipervigilância (acumulação obsessiva de informação em lugar de adotar a decisão).

No processo de tomada de eleição/decisão, existem três mecanismos de pensamento: analisar, sintetizar e valorizar (essas são as principais funções do cérebro). Quando se analisa, está separando-se um todo em suas diferentes partes constitutivas, utilizando a dedução e a indução. Sintetizar é o processo contrário. É reunir várias coisas para criar um todo, portanto, utiliza-se a imaginação. E valorizar se confunde aqui com estabelecer regras de êxito, avaliar, estimar rendimentos e julgar pessoas. Tais mecanismos são utilizados todos os dias e em todos os momentos. Uma tomada de decisão ótima se deve realizar por meio

[48] ADAIR, John. Toma de decisiones y resolución de problemas. Barcelona: Nuevos Emprendedores, 2008, p. 62.

[49] JANIS, Irving L.; MANN, Leon. Decisión making: a psychological analysis of conflict, choice, and commitment. New York: The Free Press, 1977.

do que John Adair[50] chama de *"mente profunda"*, que significa trabalhar tais funções – analisar, sintetizar e valorizar – ao nível do inconsciente.

Há quem denomina esta fase de processo de decisão (analisar, sintetizar e valorizar), de ordenação, por estar vinculada com a ordenação da pluralidade de alternativas ou opções. Logo, escolher ou decidir é estabelecer uma relação entre as diferentes alternativas/opções com o objetivo de superar dita pluralidade. O resultado da fase de ordenação é, ao menos, uma ação que pode ser caracterizada como aquela que o sujeito seleciona entre o conjunto de alternativas/opções[51].

Aqui sempre terá de desenvolver níveis de competências, tais como consciência dos problemas ou da necessidade de uma decisão; compreensão atinente a onde se encontra em relação ao problema ou decisão; habilidade para formular as perguntas corretas à pessoa correta no momento oportuno; e ser capaz de submeter à prova as respostas para encontrar seu verdadeiro conteúdo.

Roy Sainsbury[52] discorre sobre as grandes características do processo de decisão: *"accuracy"* e *"fairness"*. A primeira tem que ver com a busca de informação e sua aplicação na decisão, ou seja, relaciona-a com o resultado da decisão. A segunda se compõe por quatro outros elementos: *"promptness"* – que se relaciona com o tempo necessário para produzir uma decisão, devendo ser feita no prazo mais breve possível e sem atraso; *"impartiality"* – em que todos os sentimentos de parcialidade ou prejuízos, por parte do decisor, não devem ter nenhuma incidência na decisão tomada; e *"accountbility"* – que tem o propósito de fazer com que os indivíduos entendam o porquê de certas decisões tomadas em seu confronto com o fim de que as aceitem. E isso demanda

---

[50] ADAIR, John. Toma de decisiones y resolución de problemas. Barcelona: Nuevos Emprendedores, 2008, p. 25 e ss.

[51] CALVO SOLER, Raúl. Uso de normas jurídicas y toma de decisiones. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 27.

[52] SAINSBURY, Roy. Administrative justice: discretion and procedure in social security decision-making. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 303-305.

que o agente deve dar tanto uma explicação de sua decisão como das razões que o motivaram a decidir-se daquela forma. Para o autor, se aqueles que tomam decisões sabem que devem prestar contas de suas decisões, estarão motivados a ser mais diligentes e assíduos em suas tarefas. Termina afirmando que: *"the qualities that a decision process ought to exhibit, which provide arguments for the acceptability of its decisions, are the ability to provide accurate decisions and the ability to produce them in a manner which is fair, by being prompt, impartial, and allowing claimants to participate and receive accountable decisions"*.

Toda eleição ou decisão implica emitir um juízo sobre a adoção de um risco. Por isso, é importante, aqui, visualizar algo sobre as teorias, sobre o processo administrativo de tomada de decisão. O moderno enfoque é de Max Weber[53] e sua noção de racionalidade formal desenvolvida no contexto das organizações burocráticas. Outro importante autor é F. W. Taylor[54], que demonstra que a administração poderia ser uma verdadeira ciência com claras definições de leis, regras e princípios, e que a ciência da administração poderia ser aplicada a qualquer organização[55]. No entanto tais teorias são muito criticadas, primeiro, pela diferença existente entre política e administração[56]; segundo, porque se subestima a administração informal em distintos

[53] WEBER, Max. Economía y sociedad: Esbozo de sociología comprensiva (Wirtschft und Gesellschft. Grundriss der Vertehenden Soziologie). México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

[54] TAYLOR, Frederick W. Principles and methods of scientific management. New York: Harper Bros, 1911.

[55] Outros importantes trabalhos são: GULICK, Luther; URWICK, L. Papers on the science of administration: Early Sociology of Management and Organizations. New York: Institute of public Administration, 1937, v. IV; FAYOL, Henri; COUBROUGH, John Adair. Industrial and general administration. London: Sir I. Pitman & Sons, ltd, 1930.

[56] WALDO, Dwight. The administrative state: a study of the political theory of american public administration. New York: Ronald Press Co. 1948; APPLEBY, Paul Henson. Policy and administration. Tuscaloosa: University of Alabama Press, 1949.

ambientes, esquecendo as complexidades dos comportamentos organizacional e humano.

Assim mesmo, deve-se ter em conta o estabelecimento de princípios. Foi Herbert A. Simon quem, em 1947, ao estudar os processos de conduta e cognitivos da tomada racional de decisões humanas, modificou a forma de pensar de muitos estudiosos[57]. Esse autor desenvolveu a noção de racionalidade delimitada e aproximou-se, primeiramente, da abordagem sobre a tomada de decisões administrativas propriamente ditas. Assumindo que as autoridades administrativas *"are formed with the intention and design of accomplishing goals"*. Argumenta esse autor que a Administração não poderia ser entendida por si só se tomam em consideração os princípios científicos. O processo de tomada de decisão, para o autor, pode ser racional se respeita as matérias fáticas. Sustenta que a decisão seria perfeitamente racional se a Administração pudesse examinar todos os caminhos possíveis, traçar as consequências de cada alternativa ou opção e, ali, separadamente, avaliar os custos e benefícios de cada situação. Como é impossível saber tudo isso, o processo de decisão é, por natureza, delimitado, devendo a decisão ser apenas *"satisfice"*[58], o que significa que as decisões devem ser tomadas com as melhores opções, circunstâncias e elementos possíveis[59].

---

[57] SIMON, Herbert A. Administrative behavior: a study of decision-making processes in administrative organizations. 4. ed. New York: Free press, 1997.

[58] Ibidem, p. 38.41; 80-81; 240-244 e 272.

[59] Herbert A. Simon (ibidem) afirma que uma decisão administrativa deve ser correta e eficiente e deve ser prática para a aplicação de um conjunto de meios coordenados. Qualquer decisão implica uma eleição selecionada de um número de alternativas, dirigida para uma meta da organização. Opções realistas têm consequências reais. Na prática, algumas das alternativas podem ser conscientes ou inconscientes; algumas das consequências podem ser não desejadas, assim como era previsto; e alguns dos meios e dos fins podem ser imperfeitamente diferenciados, possuindo uma relação incompleta ou mal detalhada. Segundo o autor (ibidem, p. 67), para a tomada de decisão racional, são necessários três passos: (1) a identificação e a lista de todas as alternativas, (2) a determinação de todas as consequências derivadas de cada uma das

Uma alternativa ou opção proposta, inclusive mais realista, é a ideia do *"incrementalismo"*[60], que consiste em encontrar uma solução a determinado problema tentando acomodar os conflitos de interesses do melhor modo possível. É um processo que acontece de maneira natural na organização administrativa. Significa que, além de cautela, é preciso proceder passo a passo para resolver os problemas conforme se apresentam, confiando na sabedoria passada para abordar as questões novas.

Ainda mais moderna, porém, é a ideia de planejamento compreensivo, que representa a mais elevada ideia de ação racional. Trata-se de, inserido no ambiente, compreender todos os fatores e dificuldades e logo, com um plano global e coordenado, realizar a decisão[61]. Existem, assim, muitos métodos para a tomada de decisão, como o racionalismo, o incrementalismo, já visto, mas também outros, como a *"canjes equitativos"* e a adoção humilde de decisões.

É certo, também, que algumas decisões são fáceis por ter só um objetivo. No entanto, no caso de que se pretendam conseguir vários objetivos, a decisão deixa de ser simples, sendo necessária a adoção de soluções de compromisso. Em toda tomada de decisão, portanto, um dos desafios mais difíceis e importantes é a adoção de boas soluções de compromisso, que dependerá não de um elevado volume de soluções,

---

alternativas, e (3) a comparação da precisão e da eficiência de cada um desses conjuntos de consequências.

[60] CYERT, Richard M.; MARCH, James G. A behavioural theory of the firm. New Jersey: Prentice-Hall, 1963; BRAYBROOKE, David; LINDBLOM, Charles E. A strategy of decision: policy evaluation as a Social Process. New York: Free Press, 1963.

[61] Juan Igartua Salaverría (IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial. Revista Vasca de Administración Pública, Oñati, v. 46, n. 3, p. 95-118, sep./dic., 1996, p. 110) enuncia que uma operação racional apenas é possível quando: *"primero, enumerar el listado completo de las opciones posibles; segundo, explicitar las ventajas que procuran todas y cada una de las opciones posibles; y tercero, decantarse por una de ellas motivando por qué debe ser ésa la preferida*".

senão de diversos objetivos de diferentes alternativas/opções. Um sistema que proporciona uma maneira prática de alcançar soluções de compromisso entre diversos objetivos de diferentes alternativas é o denominado sistema de *"canjes equitativos"*. É um sistema desenvolvido por John S. Hammond, Ralph L. Keeney e Howard Raiffa[62]. Na essência, este método sugere pensar sobre o valor de um objetivo a partir do ponto de vista do outro. Sua função não é eliminar alternativas, mas, objetivos. Quanto mais objetivos se eliminem, menos comparações se precisará fazer, e mais fácil será o resultado da decisão. Para tanto, é preciso ter em evidência as alternativas ou opções das quais se dispõe e as consequências que teriam cada um de seus objetivos. E para atingir tal intento, o melhor é fazer uma *"tabla de consecuencias"*, empregando uma terminologia uniforme na hora de descrever as consequências e objetivos.

Uma vez realizada a tabela, deve-se eliminar as alternativas ou opções *"dominadas"*, isso significa que é preciso excluir a alternativa ou opção que tenha desvantagens sem aportar vantagem alguma, *"dominadas en la práctica"*, de forma que as vantagens apontadas são tão ínfimas que descartam a alternativa/opção. Para tanto, deve realizar uma análise para cada objetivo, determinar a consequência que melhor satisfaça o objetivo e substituir a mesma pelo número 1, a seguir, deve localizar a segunda consequência que melhor permita alcançar o objetivo e substitui-la pelo número 2; continuando assim até que tenha classificado todas as consequências. Em caso de empate, não se deve utilizar o mesmo número (o 2, por exemplo) ou o número seguinte (que seria o 3), senão, o número 4.

A seguir, deve executar o *"canje equitativo"*. A etapa mais complicada é determinar o valor relativo das diferentes consequências. Para facilitar, deve começar pelas trocas/permutas mais simples. Também deve concentrar-se na quantidade de trocas/permutas e não na

---

[62] HAMMOND, John S.; KEENEY, Ralph L.; RAIFFA, Howard. Canjes equitativos. Harvard Business Review: la toma de decisiones. Barcelona: Deusto, 2006, p. 25, *"Even swaps"*, publicado originalmente em março-abril de 1998.

importância aparente do objetivo em geral e buscar informações adequadas. Portanto, deve estandardizar um dos objetivos com a mesma valorização e compensar as consequências de tal estandardização em um dos demais objetivos. Assim, tornará o objetivo estandardizado irrelevante para sua decisão. Com esse procedimento, chegará um momento em que uma das alternativas/opções *"dominará"* outra e será então eliminada. Deve-se repetir tal procedimento até chegar a uma única opção. Recorda-se que o valor de uma modificação marginal depende de qual seja o ponto de partida. Ademais, deve sempre realizar trocas/permutas coerentes.

Outro método de tomada de decisão é a *"adopción de decisiones humilde"*[63]. Trata-se de um método adequado para o caso de sobrecarga de dados e de trocas/permutas precipitadas. Implica uma combinação de exames de dados superficiais e detalhados e consiste na consideração geral de uma ampla variedade de dados e opções, seguida de uma análise detalhada de um subgrupo concreto de dados e opções. Este método está constituído basicamente por oito normas: o ensaio-erro enfocado, que consta de duas partes, saber onde começa a busca para uma intervenção eficaz e comprovar os resultados a cada certo tempo ao objetivo de se ajustar e modificar a intervenção; a provisionalidade, ou seja, o compromisso de revisar o rumo quando necessário, para que reajuste a intervenção se o resultado for ineficaz ou contraproducente, assim não se compromete com um diagnóstico inicial, pois considera cada intervenção como provisória ou experimental; o adiantamento das decisões; o escalonamento das decisões; o fracionamento; a divisão de riscos; a manutenção de reservas estratégicas; e, finalmente, as decisões

[63] ETZIONI, Amitai. La adopción de decisiones humilde. Harvard Business Review: la toma de decisiones. Barcelona: Deusto, 2006, *"Humble decisión making"*, publicado originalmente em julho-agosto de 1989.

reversíveis. Amitai Etzioni[64] compara tal método às decisões dos médicos.

Visualizados os distintos métodos para a tomada de decisão, entende-se que, na atualidade, pode-se indicar que há nove etapas, passos ou fases-chave que podem resultar extremamente úteis ao tomar uma eleição/decisão[65], não significando que se deverá utilizá-los sempre, mas há de entendê-los como um processo em espiral[66]. A primeira etapa é classificar o problema que pode ser genérico ou excepcional e único[67]. O passo seguinte é definir a situação[68]. A terceira fase é definir o objetivo,

---

[64] ETZIONI, Amitai. La adopción de decisiones humilde. Harvard Business Review: la toma de decisiones. Barcelona: Deusto, 2006, p. 59, *"Humble decisión making"*, publicado originalmente en julio-agosto de 1989.

[65] Utiliza-se aqui uma mescla das classificações de: ADAIR, John. Toma de decisiones y resolución de problemas. Barcelona: nuevos emprendedores, 2008; e DRUCKER, Peter F. La decisión eficaz. Harvard Business Review: la toma de decisiones. Barcelona: Deusto, 2006, *"The effective decisión"*, publicado originalmente en enero-febrero de 1967.

[66] Para ter um maior conhecimento prático sobre a tomada de decisões, vide: CÓRDOBA BUENO, Miguel. La toma de decisiones en la práctica. Madrid: Delta, 2005.

[67] Todo acontecimento, exceto o que é autenticamente único, implica uma solução genérica. Necessitam uma norma, regra ou princípio, para que assim todas as manifestações de uma mesma situação genérica possam ser tratadas por meio disso, adaptando a norma às circunstâncias de cada caso. No entanto os acontecimentos excepcionais e únicos há de tratá-los individualmente. Não tem como tratar uma situação excepcional com normas das situações genéricas. Peter F. Drucker (DRUCKER, Peter F. La decisión eficaz. Harvard Business Review: la toma de decisiones. Barcelona: Deusto, 2006, p. 6, *"The effective decisión"*, publicado originalmente en enero-febrero de 1967) afirma que o erro mais comum que comentem as pessoas que tomam decisões é de enfocar uma situação genérica como se tratasse de uma série de acontecimentos excepcionais, utilizando-se vários exemplos da Administração Kennedy. Ademais, coloca que costuma ser igualmente corrente considerar um novo caso como se constituísse outro exemplo dos problemas tradicionais, e reagir, na continuação, segundo aconselham as normas clássicas estabelecidas ao efeito, como no caso da falha local de energia na fronteira de Nova Iorque e Ontario, que deixou sem energia todo o nordeste dos Estados Unidos.

[68] Aqui o perigo é tornar a decisão em aceitável, porém incompleta e sua única defesa é contrastá-la, uma e outra vez, com respeito a todos os fatos observados, e prescindir

ao qual se quer chegar, as mínimas metas; isso é útil e essencial para a tomada da eleição/decisão[69]. Depois, deve-se identificar, analisar e sintetizar as alternativas ou opções dando a cada uma um peso e valorização. Em seguida, deve-se recolher a informação importante e necessária, o que implica analisar a informação disponível e tomar medidas para encontrar as que faltam. É um bom princípio não tomar eleições ou decisões enquanto faltar informações[70], mas também é verdade que, muitas vezes, essas não são possíveis. Para gerar opções de formas e meios viáveis, que é o sexto passo, é necessário passar de uma grande quantidade de possibilidades a um grupo reduzido de opções preferentes e viáveis, aquelas que são, de fato, praticáveis ou capazes de ser realizadas conforme os recursos disponíveis. Há de se recordar que, se viável, tem grande possibilidade de ser factível. Começa-se com o que é correto em lugar do que é aceitável. Posteriormente, deve-se determinar o momento da utilização das formas e meios selecionados e escolhidos para o fim almejado. Como oitavo passo, far-se-á a eleição ou

---

da definição no momento em que não seja capaz de explicar qualquer deles (DRUCKER, Peter F. La decisión eficaz. Harvard Business Review: la toma de decisiones. Barcelona: Deusto, 2006, p. 8 e 10, *"The effective decisión"*, publicado originalmente em janeiro-fevereiro de 1967).

[69] A causa mais corrente da falha de uma decisão não reside em que esta esteja incorretamente apresentada no seu começo. Ao contrário, é o desvio posterior das metas. Devem-se conhecer muito bem as *"condiciones del campo"* (DRUCKER, Peter F. La decisión eficaz. Harvard Business Review: la toma de decisiones. Barcelona: Deusto, 2006, p. 11, *"The effective decisión"*, publicado originalmente em janeiro-fevereiro de 1967).

[70] Aqui, é preciso diferenciar as informações necessárias das disponíveis. Inclusive com a sobrecarga de informação que existe hoje, ficar sem a informação necessária é possível e natural que ocorra. No entanto há de adicionar que normalmente se consegue uma grande quantidade de informações relevantes em um período de tempo relativamente curto e, provavelmente, com um custo relativamente baixo. Mas com o tempo se verá que cada vez se dedica mais e mais tempo a descobrir a informação cada vez menos relevante. Inclusive quando se tem informação, terá casos em que não se terá tempo suficiente para processar ou analisar tudo. Não se pode, portanto, transformar a informação em conhecimento útil.

decisão, que será tomada focalizando-se determinados critérios: necessidade imperativa, aconselhável e desejável[71]. Realizada a eleição/decisão, deverá o decisor converter a decisão em ação[72]. Deve implementar, ou seja, aplicar as formas e meios optados aos fatos. Trata-se de convertê-la em ação, assegurando-se não somente de que alguém fique claramente responsabilizado da ação, senão, também, de que a pessoa designada seja capaz de realizá-la. E, por fim, tem a etapa avaliativa ou de controle dos resultados (informe, cifra, estudos)[73].

---

[71] Quando se analisam as vantagens e inconvenientes, as consequências de cada decisão, que se constata a decisão escolhida com o critério de seu objetivo e que se contrapesam os riscos em contraposição com os benefícios. É no campo do risco que a matemática oferece muitas teorias de probabilidade e métodos estatísticos para eliminar o esforço que supõem o cálculo do risco. Apesar de ser útil, entende-se que a contribuição da matemática aqui é limitada, afinal de contas, a probabilidade de êxito não é capaz de eliminar o risco de tudo, pois, em toda situação, há demasiados fatores que influenciam.

Recorda-se que avaliar os riscos significa pensar em todas as consequências que podem ser manifestas ou latentes. As primeiras são as que, em princípio, podem-se prever quando se toma uma decisão. As segundas são diferentes pelo fato de que não são tão prováveis, nem se creem claramente possíveis.

[72] JOHN ADAIR (ADAIR, John. Toma de decisiones y resolución de problemas. Barcelona: nuevos emprendedores, 2008, p. 44) identifica aqui o que ele chama do Ponto de Não Retorno (PNR) – que é o ponto em que lhe custa mais voltar para trás ou trocar de opinião do que continuar com uma decisão que se há revelado imperfeita.

[73] Para Herbert A. Simon (SIMON, Herbert A. Administrative behavior: a study of decision-making processes in administrative organizations. 4. ed. New York: Free press, 1997, p. 82), é muito complicado, em uma situação real, cumprir com todos os passos (em sua época somente se falava de três passos), é muito pouco provável que se possam conhecer todas as alternativas, ou todas as consequências que seguem a cada alternativa. Por isso, modificando a ideia de uma opção racional, sugeriu que a racionalidade fosse de fato delimitada, que as pessoas não atuassem de maneira puramente racional ao tomar decisões: *"The human being striving for rationality and restricted within the limits of his knowledge has developed some working procedures that partially overcome these difficulties. These procedures consist in assuming that he can isolate from the rest of the world a closed system containing a limited number of variables and a limited range of consequences*".

Salienta-se que não eleger/decidir é eleger/decidir e que uma má eleição/decisão é diferente de uma eleição/decisão incorreta. Inclusive, a mais eficaz eleição/decisão pode converter-se em obsoleta em um curto ou longo prazo. A realidade nunca permanece estática por um longo período de tempo. Assim, a tomada de decisões administrativas pode ser descrita como a aplicação das normas gerais habilitadoras de poderes a casos individuais, ao mínimo no contexto da realização de funções públicas. O processo de tomada de decisões administrativas consta de duas atividades ou atos administrativos destinados a consequências jurídicas. K. J. de Graaf, J. H. Jans, A. T. Marseille e J. de Ridder[74] aludem que esse processo de tomada de decisões possui uma ordem cronológica: as atividades que precedem a decisão podem ser qualificadas como preparatórias, uma vez que a decisão foi tomada, uma segunda rodada de atividades surge, é a implementação da decisão, por fim, a execução da decisão pelo órgão administrativo, por si mesma, também, pode ser considerada parte desse processo[75].

---

[74] GRAAF, K. J. de; JANS, J. H.; MARSEILLE, A. T.; RIDDER, J. de. Quality of Decision-Making in Public Law: Studies in Administrative Decision-Making in the Netherlands. Groningen: Europa Law Publishing, 2007, p. 4.

[75] Tais autores (GRAAF, K. J. de; JANS, J. H.; MARSEILLE, A. T.; RIDDER, J. de. Quality of Decision-Making in Public Law: Studies in Administrative Decision-Making in the Netherlands. Groningen: Europa Law Publishing, 2007, p. 4) falam da qualidade da decisão sob os seguintes termos: *"The concept of legal quality may apply both to decision-making in individual cases ('first-order legal quality') and to the decision-making process in general, abstracted from individual cases ('second-order legal quality'). Assessment of 'first-order legal quality' is primarily a subject for legal experts. For instance, legal quality of the 'going by the book' variety in mass-produced administrative decisions is routinely gauged by internal or external auditors. Some would say that the final verdict on the quality of an individual decision is given in a court of law. Nevertheless, examination of court cases and administrative decisions by legal experts can do a lot to improve our understanding of legal quality. 'Second-order legal quality' should be jointly assessed by legal scholars and empirical researchers; such an assessment might produce insights into how administrative decision-making should be organized in order to gain better first-order legal quality"*.

A tomada de decisão diagnóstico-terapêutica, portanto, dependerá de inúmeros fatores. O erro é inerente à decisão, mas somente será tolerado se estiver dentro de uma margem aceitável de subjetividade ou autonomia pública. É apenas o caso concreto que fornecerá os elementos necessários para tal análise. O que decidirá se a tomada de decisão foi adequada é se o profissional da área da saúde buscou, racionalmente, um mínimo de informações necessárias para sua decisão, procurando o melhor custo-benefício possível sem desrespeitar a legalidade, a legitimidade e a licitude.

8. Subjetividades ou autonomias públicas dos profissionais da área da saúde

Diante das noções expostas, não cabe dúvida de que as ações dos diferentes profissionais da área da saúde, quando ocupantes de cargos públicos, estão norteadas de *"subjetividades"*. Não se tem como negar que um médico, por exemplo, não possui um leque de alternativas, opções e escolhas ao aplicar seus conhecimentos técnicos ao caso concreto. O médico com cargo público pode escolher espontaneamente com quem irá tratar ou se irá obedecer/acatar ordem dada por seu superior hierárquico. Pode ignorar um sintoma em detrimento de outro e prescrever medicamento que entenda adequado, mesmo existindo prognóstico distinto. Pode decidir sobre a realização de um procedimento ou tratamento experimental. Examinar de forma independente o binômio risco/benefício de sua decisão. Resumidamente: o médico, assim como os demais profissionais da área da saúde, tem a seu dispor inúmeras possibilidades – e estas vão desde o entusiasmo em salvar uma vida à apatia de deixar alguém morrendo.

A subjetividade ou autonomia dos profissionais da área da saúde com cargos públicos é ampla em razão da variedade de situações às quais devem atender, circunstâncias de tempo ou de lugar, bem como de competência técnica e legal, afinal, tais profissionais têm a eleição de quando e como intervir, além de decidir sobre o meio que irão utilizar

em cada caso. Tal liberdade de decisão consiste na avaliação sobre a saúde, doença, prescrição de tratamentos, etc.

Essas valorações subjetivas que permeiam as ações dos profissionais da área da saúde são distintas conforme as diferentes formas de atuação. Há de verificar se essa subjetividade ou autonomia pública dos profissionais da área da saúde configura-se como discricionariedade ou não, pois é essa margem de liberdade que cada um desses profissionais possui e que leva a abusos que vão contra a dignidade da pessoa humana.

A subjetividade ou autonomia pública caracteriza-se como a margem de liberdade existente em qualquer ação e apresenta distintos níveis quando estudada sob o enfoque do Estado. Assim, trata-se de forma de exteriorização da vontade administrativa.

Cada uma das atribuições administrativas, também, denominadas poderes, faculdades ou prerrogativas públicas, possui uma margem para sua aplicação. Isso significa que os profissionais da área da saúde, representantes da Administração Pública, quando manifestam sua vontade, estarão utilizando uma margem que se caracteriza por uma subjetividade ou autonomia pública atribuída de quatro formas: discricionariedade administrativa em seu sentido técnico-jurídico; liberdade de conformação ou de configuração; margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados; e apreciatividade administrativa.

O problema é que essas diferentes formas de margens de atuação estão longe de consolidar uma terminologia e, inclusive, quantidade de espécies existentes. É comum, tanto na doutrina como na jurisprudência, observar o uso do termo discricionariedade como um supraconceito, aplicado a todas as formas de margem de liberdade. O termo discricionariedade, pelo que se apurou em outras obras[76], reflete

[76] Vide: SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014 e SADDY, André. Discricionariedade e jurisdição constitucional/supranacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

diferentes pontos de vista na doutrina, sendo caracterizado, portanto, por uma grande equivocidade e possuir plurissignificações.

Cada uma das quatro formas de subjetividades ou autonomias públicas tem enorme relevância, além de características próprias e diferenças entre si. Por isso, precisa-se juridicamente o alcance e a definição de cada uma dessas faculdades da seguinte forma:

> (I) A discricionariedade administrativa em seu sentido técnico-jurídico seria a margem relativa de liberdade/autonomia/volição conferida pela norma jurídica à Administração Pública para a adoção ou não, entre as estipulações oferecidas alternativas e/ou disjuntivamente, do que melhor atende aos interesses públicos. Além disso, defende-se que a forma de concessão da discricionariedade é por meio de normas jurídicas. Estas, porém, quando concedem discricionariedade à Administração, fazem-na de forma potencial, isto é, de maneira abstrata, toda vez que a discricionariedade efetiva somente confirma-se no caso concreto. Desse modo, o conceito exposto refere-se ao que se denomina discricionariedade potencial. Somente, estar-se-á no terreno da discricionariedade efetiva uma vez fixadas as opções válidas, ou seja, opções igualmente justas e idôneas (ou legalmente indiferentes). Outro aspecto do conceito diz respeito à localização da discricionariedade quanto aos componentes lógico-estruturais da norma jurídica. Por certo que haverá casos em que os próprios termos literais da norma configurem a consequência jurídica como discricional, então, produzindo uma atribuição textual de discricionariedade, pelo que não carece recorrer aos critérios dos componentes lógico-estruturais da norma jurídica. Quando esse não for o caso, poderá localizar-se a discricionariedade no operador deôntico ou na preceptiva da norma. Nas normas de competência, ter-se-á discricionariedade na preceptiva, visto que, sobre qualquer domínio que se possa conceber, terá habilitação para dispor de forma autônoma. Agora,

nas normas de conduta, ter-se-á discricionariedade no operador deôntico quando se tratar de normas permissivas, bem como quando a preceptiva não compreender mais de um efeito; e, na preceptiva, diante de normas de obrigação (imposição ou proibição), em que se necessite de mais de uma alternativa e em disjunção. Trata-se da distinção entre discricionariedade de atuação (localizada no operador deôntico) e de eleição (localizada na preceptiva).

(II) A liberdade de conformação ou de configuração seria a margem de liberdade de quem cria direitos e obrigações ou que os elucida, por meio de atos legislativos, normativo-regulamentares, editalícios, contratuais, jurisdicionais e até mesmo por tomadas de decisões administrativas que tenham o condão de se transformar em normas jurídicas, além da criação, formulação e do desenho de políticas públicas decorrentes de legitimidade democrática para escolher os meios que reputar adequados e avaliar se, e em que medida, diferentes situações justificam a criação de um direito e uma obrigação ou de uma política pública.

(III) A margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados seria a margem decorrente da zona de incerteza semântica de um conceito jurídico, ou seja, daqueles conceitos que não se podem traçar precisamente porque não deixam ao seu intérprete a compreensão exata de quais significados emitem, seu objeto ou a realidade abrangida. Deixam dúvidas de duas ou mais compreensões de seu significado quando visualizados no caso concreto, por isso, entende-se que o único modo possível de visualizar se um conceito jurídico indeterminado apresenta ou não uma margem de livre apreciação é analisando sua estrutura (núcleo conceitual e auréola conceitual). Sempre que se tenha uma noção clara do conteúdo e da extensão de um conceito, estar-

se-á diante do domínio do núcleo conceitual. Quando as dúvidas começam, é porque se está diante da auréola do conceito. O núcleo conceitual também é chamado de zona de certeza, que pode ser positiva (é seguro que "isso" pode denominar-se com esse termo) ou negativa (é seguro que "isso" não pode se denominar assim). A auréola do conceito é a zona intermediária, de dúvida ou de incerteza ou, dito com maior precisão, zona em que não existe uma certeza prévia e cuja determinação exige desdobrar a ideia nuclear do conceito. Toda a dificuldade de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados estará na zona de incerteza (ou "halo del concepto"), pois há maior dificuldade para localizar a única solução justa. No mais, a margem de livre apreciação aqui exposta insere-se na hipótese ou previsão da norma jurídica, nos componentes lógico-estruturais dessa.

(IV) Por fim, a apreciatividade administrativa seria a margem de liberdade que se projeta sobre fatos e critérios interpretativos, variando a intensidade de acordo com o âmbito que se exercite − existente em toda tomada de decisão na qual o agente público utiliza uma operação de discernimento ou ajuizamento para aplicar a norma −, usando-se de critérios e subcritérios, ponderando interesses e fatores em conflito e atribuindo pesos relativos às opções que tenha decorrentes das indeterminações do Direito, como o conteúdo do Direito, os defeitos do sistema jurídico e, principalmente, do exercício funcional, referindo-se, comumente, a ações não deônticas, sem prévio procedimento administrativo e não tendo, necessariamente, um ato administrativo formal ao final de seu exercício, mas atendendo, mormente, aos interesses públicos, mesmo que tenha de se afastar ou desviar da realização dos efeitos jurídicos fixados na norma − ou seja, da letra estrita da lei − para atingir a finalidade e o propósito da norma jurídica por razões comprovadas de especial relevância.

Ao analisar essas diferentes subjetividades ou autonomias públicas, resta evidente que todas essas formas de manifestações de vontade são inescapáveis ao trabalho dos profissionais da área da saúde, variando substancialmente conforme a posição que eles venham a ocupar, se de elite da Administração, de direção ou supervisão, ou de agentes de campo ou das ruas/servidores da linha de frente. Ademais, ela surge, muitas vezes, de dois fatores: a realidade sempre presente de recursos escassos e a ambiguidade da lei.

É necessário, para o Sistema Único de Saúde, que os profissionais da área da saúde tenham liberdade em sua forma de atuar, principalmente, aqueles que atuam no campo ou na rua, isto é, que são servidores da linha de frete. Por isso, entende-se que a questão fundamental que se coloca não é a de saber se existe uma subjetividade ou autonomia pública dos profissionais da área da saúde, mas qual a sua dimensão no caso concreto, única forma de tentar estabelecer limites e de controlar a atuação.

Não se vislumbra a possiblidade de sustentar a inexistência de uma margem de liberdade na atuação desses profissionais, afinal, os problemas de saúde, a quantidade de doenças e os números de tratamentos hoje existentes são tantos, que existe uma absoluta impossibilidade de prever e determinar todas as situações que possam prejudicar a saúde das pessoas, assim como os meios e as formas a empregar em cada caso concreto.

É fato que as tomadas de decisões dos profissionais da área da saúde não estão regidas estritamente por normas legais. Muitas decisões são realizadas mediante um juízo pessoal de cada servidor, o que, sem dúvida, acarreta: desigualdade de tratamento, pois nem todos os servidores atuam de igual maneira em idênticas circunstâncias; e excessos e erros ocorrem. Deve-se sempre ter em consideração que, quando enfermo, o usuário do serviço de saúde, por mínima que seja essa enfermidade, fica numa posição indefesa e débil, por conseguinte, colocando o profissional da área da saúde em uma situação de poder.

Infere-se, contudo, que todos os profissionais da área da saúde, apesar de dispor da possibilidade de escolher alternativas/opções, terão de decidir entre aquelas que são igualmente justas e idôneas (ou legalmente indiferentes).

O tema das subjetividades ou autonomias públicas dos profissionais da área da saúde não é muito tratado pela doutrina brasileira. Quem a trata utiliza o termo discricionariedade como gênero. É o caso, por exemplo, de Gustavo Silveira Borges[77], que entende por discricionariedade médica:

> [...] o processo de escolha, por parte do galeno, dos métodos e estratégias disponíveis a serem empregados no tratamento diagnóstico-terapêutico, em comparação com as características principais de outros, a partir da avaliação dos riscos e sempre levando em conta as mais recentes informações científicas sobre a opção escolhida.

A medicina está longe de ser uma ciência exata, as certezas absolutas de critérios científicos não existem, mas técnicas consideradas como mais adequadas podem existir. É, para o autor, o conhecimento técnico-científico que outorga ao médico uma posição decisória de discricionariedade em suas tomadas de decisões[78].

Essa concepção pode ser estendida aos demais profissionais da área da saúde, pois todos devem ser consistentes no desenvolvimento de suas condutas técnicas, respeitando o estado da ciência, mesmo que não se possa garantir um resultado. Daí porque a afirmação de que tais profissionais gozam de uma "ampla discricionariedade científica"[79] que

---

[77] BORGES, Gustavo Silveira. Erro médico nas cirurgias plásticas: compreensão do fenômeno da metamorfose da pessoa em paciente para além das fronteiras jurídicas. 2013. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Faculdade de Direito). Porto Alegre, 2013, p. 116.

[78] Op. Cit., p. 117.

[79] WEINGARTEN Celia. Estado de La Doctrina y la Jurisprudencia en la Responsabilidad Medica. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. 13, p. 39-49, 1997.

lhes permite, com base no saber científico, escolher e decidir sobre distintos caminhos alternativos cientificamente possíveis.

Já entre aqueles que não possuem uma formação jurídica, a expressão que mais se utiliza é a "autonomia médica". Maria Helena Machado[80], ao discorrer sobre as características sociológicas da profissão médica, afirma ser essa um estereótipo de profissão com alto grau de autonomia técnica (saber) e econômica (mercado de trabalho). Para a autora, autonomia é a capacidade de tomar decisões por conta própria. Segundo ela[81], a autonomia constitui-se em um valor em si mesmo para a profissão médica. Tanto no que se refere ao saber como ao ato em si (sua apropriação), a autonomia é um elemento-chave para entender o complexo mundo médico. Quase sempre, com base na premissa de que cada caso é um caso, os médicos são levados a tomar decisões independentes, em muitos casos, contrariando interesses ambientais – sejam eles institucionais ou sociais – e até mesmo interesses políticos vinculados ao Estado.

Autores como Eliot Freidson[82], Magali Sarfatti Larson[83], Paul Starr[84], Lilia Blima Schraiber[85] e José M. Ribeiro[86] sugerem uma convergência no debate sobre a autonomia do médico. Esses autores

---

[80] MACHADO, Maria Helena (coord.). Os médicos no Brasil: um retrato da realidade. [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 1997, p. 21.

[81] Op. Cit., p. 23.

[82] FREIDSON, Eliot. Profissão Médica: um estudo de sociologia do conhecimento aplicado. São Paulo: Editora UNESP; Porto Alegre: Sindicato dos Médicos do RS, 2009.

[83] LARSON, Magali Sarfatti. The rise of professionalism: a sociological analysis. Los Angeles: University of California Press, 1977.

[84] STARR, Paul. The Social Transformationof American Medicine: the rise of a sovereign profession and the making of a vast industry. New York: Basic Books, 1982.

[85] SCHRAIBER, Lilia Blima. O médico e seu trabalho: limites da liberdade. São Paulo: Hucitec, 1993.

[86] RIBEIRO, José M.; SCHRAIBER, Lilia Bilma. A autonomia e o trabalho em medicina. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, a. 10, v. 2, p. 190-199, abr./jun.1994.

adotam a premissa de que, no trabalho médico, é imprescindível a liberdade de ação, a autonomia de decidir a conduta técnica que melhor se adapte à necessidade do paciente. Outros autores, tais como Sudeh Cheraghi-Sohi e Michael Calnan[87], direcionam suas análises detalhando o conceito de discricionariedade profissional, visto que os debates existentes, até então, eram apenas sobre até que ponto tal discricionariedade tinha sido desafiada por mudanças organizacionais, tais como as novas formas de governança associadas à introdução dos princípios da Nova Gestão Pública. Esses autores delinearam os principais conceitos de discricionariedade profissional evidentes na literatura explorando sua importância em um estudo empírico.

Por fim, vale fazer uma reflexão sobre alguns julgados. Inicia-se com o caso Roe v. Wade, 410 US 113 (1973), no qual a *Supreme Court* norte-americana reconheceu o direito ao aborto ou interrupção voluntária da gravidez. Segundo o juiz Harry Blackmun, que escreveu o relatório final da decisão, a maioria das leis contra o aborto, nos Estados Unidos, violava o *"direito constitucional à privacidade, garantido sob a cláusula do devido processo legal da 'décima quarta emenda'"* da Constituição. A decisão obrigou a modificarem-se todas as leis federais e estaduais que proscreviam ou restringiam o aborto. Para o juiz, as leis limitavam a discricionariedade do médico (*doctor's medical discretion*) para fazer determinações sobre a viabilidade de um feto. Aduziu o juiz o seguinte:

> Because [the point viability] may differ with each pregnancy, of neither the legislature nor the courts may proclaim one of the elements entering into the ascertainment of viability - be it weeks of gestation or fetal weight or any other single fator - as the determinant of when the State has a compelling interest in the life or health of the fetus [...]

[87] CHERAGHI-SOHI, Sudeh; CALNAN, Michael. Discretion or discretions? Delineating professional discretion: the case of English medical practice. Social Science & Medicine, Londres, v. 96, p. 52-59, 2013.

> We reaffirm.., that "the determination of whether a particular fetus is viable is, and must be, a matter for the judgment of the responsible attending physician.

Ainda na *Supreme Court* norte-americana, no caso Ass'n v. Ashcroft, 462 U.S. 476 (1983), o juiz Blackmun expressou insatisfação semelhante com um requisito legal que também restringia a discricionariedade dos médicos. Uma lei do Missouri exigia a participação de um segundo médico em todos os abortos pós-viabilidade. Observando, então, que o Missouri não exigia que um segundo médico comparecesse a qualquer outro procedimento médico, Blackmun argumentou que:

> [c]onsultation and teamwork are fundamental in medical practice, but in an operating room a patient's life or health may depend on split-second decisions by the physician. If responsibility and control must be shared between two physicians with the lines of authority unclear, precious moments may lost to the detriment of both be woman and child.

De igual modo, vale mencionar, convergindo para o velho continente, a posição da *Corte Costituzionale Italiana*, que admite a existência de uma discricionariedade médica ao afirmar, na Sentenza 2009/151, que, para o tratamento idêntico de posições subjetivas completamente diferentes, é o médico o depositário do conhecimento técnico do caso, e, portanto, possui este uma margem de liberdade para a decisão do tratamento.

O Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht* ou BVerfGE) faz referência às medidas concretas realizadas pelas autoridades competentes para decidir sobre o alcance da proteção da vida. Para o BVerfGE, tal decisão deve considerar um dever-obrigacional de discricionariedade. Isso significa que, se o direito à vida de um ser humano e o direito à vida de outro entram em

conflito entre si, cabe a alguém tomar uma decisão que será discricionária (BVerfG, 1 BvR 357/05 de 15.2.2006, parágrafo 51).

Já no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça apresenta jurisprudência no sentido de que o médico é quem estabelece, na busca pela cura, a orientação terapêutica a ser dada à pessoa acometida de doença (AgInt no AgInt no REsp n.º 1.622.150/PR, Rel. Ministro Moura Ribeiro, DJe 18/8/2017, e AgRg no REsp n.º 1.533.684/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, DJe 21/2/2017). Trata, ainda, de princípio da autonomia médica, ao decidir que cabe ao médico indicar a melhor metodologia de tratamento, que pode ter encaminhamento distinto para cada paciente segundo as especificidades do caso, assumindo a responsabilidade pela opção escolhida (REsp n.º 1.632.527/BA, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 01/06/2018).

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5), também, já teve oportunidade de julgar que a autonomia médica, de regra, não deve ser objeto de sindicabilidade judicial, ao ponto de se questionar o procedimento adotado (Ag. n.º 08014013420144050000. Órgão Julgador: Quarta Turma. Relator: Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, Data do Julgamento: 10/06/2014). No caso, o médico entendeu que determinado medicamento era indispensável, apontando, com objetividade, que outras terapias foram testadas sem sucesso e que por isso não teria como privilegiar o tratamento fornecido pelo SUS. Na decisão, o TRF5 indicou que não parece razoável a utilização de raciocínio cartesiano, fundamentado em documento expedido pela burocracia do Ministério da Saúde, para infirmar as decisões técnicas do profissional médico que acompanha a paciente há anos. Por fim, entendeu que o magistrado não tem condições de emitir opinião acerca do descabimento da prescrição médica – ressalvadas, é claro, as situações de absurdo prontamente verificável.

No âmbito estadual, a concepção relativa à dita discricionariedade médica é, em alguns tribunais, mais clara. O Tribunal de Justiça de Pernambuco, por exemplo, já teve oportunidade de decidir que a indicação do melhor tratamento é discricionariedade médica, que

não pode ser adstrita a regras administrativas de fornecimento de fármacos, posto os direitos fundamentais de preservação da vida e da saúde serem os bens maiores tutelados pelo Estado (AC n.º 0371641-2 – Comarca de Recife; Relator: Desembargador Itamar Pereira da Silva Júnior). Trata, também, da discricionariedade médica em indicar a terapêutica mais adequada (EDvAg no MS n.º 0497061-6. Relator: Desembargador Itamar Pereira da Silva Júnior).

Por fim, o Tribunal de Justiça de São Paulo, apesar de não utilizar o termo discricionariedade, já teve oportunidade de decidir que é direito do médico e do cirurgião-dentista indicarem o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente, não se admitindo qualquer tipo de interferência, diante da sua autonomia profissional (AC n.º 1005597-71.2016.8.26.0001. Relator: Desembargador Alcides Leopoldo e Silva Júnior).

Conclusões

No exercício de seu mister, os diversos profissionais da área da saúde, quando ocupantes de cargos públicos, independentemente da posição hierárquica que ocupem, se de elite da Administração, diretor ou supervisor, ou se agentes de campo ou das ruas/servidores da linha de frente, terão eles sempre distintos tipos de subjetividades ou autonomias públicas ao manifestar suas vontades em tomadas de decisões administrativas.

Tais subjetividades ou autonomias públicas são atribuídas de quatro formas: discricionariedade administrativa em seu sentido técnico-jurídico; liberdade de conformação ou de configuração; margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados; e apreciatividade administrativa.

Referências

ADAIR, John. Toma de decisiones y resolución de problemas. Barcelona: nuevos emprendedores, 2008.

APPLEBY, Paul Henson. Policy and administration. Tuscaloosa: University of Alabama Press, 1949.

BARBOSA, Plácido; REZENDE, Cássio Barbosa de (Org.). Os serviços de saúde pública no Brasil: especialmente na cidade do Rio de Janeiro de 1808 a 1907 (esboço histórico e legislação). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1909.

BIN, Roberto. Atti normativi e norme programmatiche. Milano: Giuffrè, 1988.

BORGES, Gustavo Silveira. Erro médico nas cirurgias plásticas: compreensão do fenômeno da metamorfose da pessoa em paciente para além das fronteiras jurídicas. 2013. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Faculdade de Direito). Porto Alegre, 2013, p. 116.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI-MC - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 1931 UF: DF - DISTRITO FEDERAL, Fonte: DJ 28-05-2004 PP-00003 EMENT VOL-02153-02 PP-00266, Relator: Ministro Maurício Corrêa, Data Publicação: 28-05-2004.

BRAVO, Jorge dos Reis. A tutela penal dos interesses difusos. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

BRAYBROOKE, David; LINDBLOM, Charles E. A strategy of decision: policy evaluation as a Social Process. New York: Free Press, 1963.

BROWN, Michael K. Working the street: police discretion and the dilemmas of reform. New York: Russell Sage Foundation, 1988.

CALVO SOLER, Raúl. Uso de normas jurídicas y toma de decisiones. Barcelona: Gedisa, 2003.

CARLINI, Angélica. Judicialização da Saúde Pública e Privada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CHERAGHI-SOHI, Sudeh; CALNAN, Michael. Discretion or discretions? Delineating professional discretion: the case of English medical practice. Social Science & Medicine, Londres, v. 96, p. 52-59, 2013.

CHRISTIANSEN, T.; LAURIDSEN, J.; KAMPER-JOERGENSEN, F. Demand for Private Health Insurance and Demand for Health Care by Privately Insured in Denmark – With a Specific View to Equity. Odense: Department of Public Health, University of Southern Denmark, 2001.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n° 1.931/2009: Código de Ética Médica. Brasília: CFM, 2009, Capítulo 1, VII, VIII e XVI.

CÓRDOBA BUENO, Miguel. La toma de decisiones en la práctica. Madrid: Delta, 2005.

CÓRDOBA BUENO, Miguel. Metodología para la toma de decisiones. Madrid: Delta, 2004.

CUNHA, Paulo César Melo. A regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CYERT, Richard M.; MARCH, James G. A behavioural theory of the firm. New Jersey: Prentice-Hall, 1963.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. São Paulo: Saraiva, 2001.

DRUCKER, Peter F. La decisión eficaz. Harvard Business Review: la toma de decisiones. Barcelona: Deusto, 2006, *"The effective decisión"*, publicado originalmente en enero-febrero de 1967.

ETZIONI, Amitai. La adopción de decisiones humilde. Harvard Business Review: la toma de decisiones. Barcelona: Deusto, 2006, *"Humble decisión making"*, publicado originalmente em julho-agosto de 1989.

FAYOL, Henri; COUBROUGH, John Adair. Industrial and general administration. London: Sir I. Pitman & Sons, ltd, 1930.

FELDMAN, R.; ESCRIBANO, C.; PELLISE, L. The role of government in health insurance markets with adverse selection. Health Economics. n. 8, v. 7, p. 659-670, ago., 1998.

FRANÇA, Susete Barboza. A presença do Estado no setor saúde no Brasil. Revista do Serviço Público. n. 3, v. 49, p. 85-100, jul.-set., 1998.

FREIDSON, Eliot. Profissão Médica: um estudo de sociologia do conhecimento aplicado. São Paulo: Editora UNESP; Porto Alegre: Sindicato dos Médicos do RS, 2009.

GONÇALVES, Pedro; OLIVEIRA, Mário Esteves de; AMORIM, João Pacheco de. Código do Procedimento Administrativo – Comentado. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

GRAAF, K. J. de; JANS, J. H.; MARSEILLE, A. T.; RIDDER, J. de. Quality of Decision-Making in Public Law: Studies in Administrative Decision-Making in the Netherlands. Groningen: Europa Law Publishing, 2007.

GULICK, Luther; URWICK, L. Papers on the science of administration: Early Sociology of Management and Organizations. New York: Institute of public Administration, 1937, v. IV.

HAMMOND, John S.; KEENEY, Ralph L.; RAIFFA, Howard. Canjes equitativos. Harvard Business Review: la toma de decisiones. Barcelona: Deusto, 2006, p. 25, *"Even swaps"*, publicado originalmente em março-abril de 1998.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial. Revista Vasca de Administración Pública, Oñati, v. 46, n. 3, p. 95-118, sep./dic., 1996.

JANIS, Irving L.; MANN, Leon. Decisión making: a psychological analysis of conflict, choice, and commitment. New York: The Free Press, 1977.

LARSON, Magali Sarfatti. The rise of professionalism: a sociological analysis. Los Angeles: University of California Press, 1977.

MACHADO, Maria Helena (coord.). Os médicos no Brasil: um retrato da realidade. [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 1997.

MARCHAND, M.; SCHROYEN, F. Markets for Public and Private Health Care: Redistribution Arguments for a Mixed System. Discussion Paper 23. Louvain: Center for Operations Research and Econometrics, Université Catholique de Louvain, 2001.

NEUDECK, W.; PODEZECK, K. Adverse selection and regulation in health insurance markets. Journal of Health Economics. Bristol, n. 4, v. 15, p. 387-408, ago., 1996.

POLANYI, M. The logic of liberty: reflections and rejoinders. Michigan: University of Chicago Press, 1951.

POLICE, Aristide. La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

POLIGNANO, M. V. História das políticas de saúde no Brasil: uma pequena revisão. Belo Horizonte: UFMG, 2001.

RIBEIRO, José M.; SCHRAIBER, Lilia Bilma. A autonomia e o trabalho em medicina. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, a. 10, v. 2, p. 190-199, abr./jun.1994.

SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SADDY, André. Discricionariedade e jurisdição constitucional/supranacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SADDY, André. Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SAINSBURY, Roy. Administrative justice: discretion and procedure in social security decision-making. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992.

SALLES, Pedro. História da medicina no Brasil. Belo Horizonte: G. Holman, 1971.

SCHRAIBER, Lilia Blima. O médico e seu trabalho: limites da liberdade. São Paulo: Hucitec, 1993.

SIMON, Herbert A. Administrative behavior: a study of decision-making processes in administrative organizations. 4. ed. New York: Free press, 1997.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização: Privatização, Concessões e terceirização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo das concessões. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOUZA FILHO, J. A. O ensino da clínica obstétrica na Universidade da Bahia. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 1967.

STARR, Paul. The Social Transformationof American Medicine: the rise of a sovereign profession and the making of a vast industry. New York: Basic Books, 1982.

TAYLOR, Frederick W. Principles and methods of scientific management. New York: Harper Bros, 1911.

WALDO, Dwight. The administrative state: a study of the political theory of american public administration. New York: Ronald Press Co. 1948.

WEBER, Max. Economía y sociedad: Esbozo de sociología comprensiva (Wirtschft und Gesellschft. Grundriss der Vertehenden Soziologie). México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

WEILER, P. Two models of judicial decisión-making. Canadian Bar Review, n. 46, v. 3, p. 406-471, september, 1968.

WEINGARTEN Celia. Estado de La Doctrina y la Jurisprudencia en la Responsabilidad Medica. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. 13, p. 39-49, 1997.

SUBJETIVIDADES PÚBLICAS NA BASE DE CÁLCULO DO PERCENTUAL MÍNIMO ORÇAMENTÁRIO A SER APLICADO PELOS ESTADOS NA SAÚDE PÚBLICA: análise dos artigos 3º e 4º da Lei Complementar 141/2012[1]

Flávio de Araújo Willeman

Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado. Ex-Desembargador Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro, Biênio 2014/2016. Mestre em Direito. Doutorando em Direito na Universidade Federal Fluminense - UFF (PPGDIN). Professor dos Cursos de Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas – FGV-RIO, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ e da Escola Superior de Advocacia Pública - ESAP. Autor dos livros "Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras" – ed. Fórum; "Manual de Direito Administrativo", ed. I mpetus; e "Temas de Direito Público – Estudos de Direito Constitucional e Administrativo", ed. Lumen Juris

Sumário: Introdução; 1. Subjetividades Públicas; 1.1. Vinculação e discricionariedade; 1.2. Espaço de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados; 1.3. Teoria da Apreciatividade versus Discricionariedade; 2. Subjetividades públicas interpretativas nos artigos 3º e 4º da Lei Complementar n. 141/2012; 2.1. Vigilância em saúde, incluindo a epidemiológica e a sanitária (inciso I do artigo 3º da LC 141/12); 2.2. Atenção integral e universal à saúde em todos os níveis de complexidade, incluindo assistência terapêutica e recuperação de deficiências nutricionais (inciso II do artigo 3º da LC 141/12); 2.3. Capacitação do pessoal de saúde do Sistema Único de Saúde (inciso III do artigo 3º da LC 141/12); 2.4. Desenvolvimento científico e tecnológico e controle de qualidade promovidos por instituições do SUS

[1] Artigo científico originado do trabalho de conclusão da disciplina "Limitações constitucionais às escolhas públicas: discricionariedade na área médica", no Programa de Pós-graduação (doutoramento) em Direitos, Instituições e Negócios (PPGDIN), na Universidade Federal Fluminense – UFF, sob a orientação do Professor Doutor André Saddy.

(inciso IV do artigo 3º da LC 141/12); 2.5. Produção, aquisição e distribuição de insumos específicos dos serviços de saúde do SUS, tais como: imunobiológicos, sangue e hemoderivados, medicamentos e equipamentos médico-odontológicos (inciso IV do artigo 3º da LC 141/12); 2.6. Saneamento básico de domicílios ou de pequenas comunidades, desde que seja aprovado pelo Conselho de Saúde do ente da Federação financiador da ação e esteja de acordo com as diretrizes das demais determinações previstas na Lei Complementar (inciso VI do artigo 3º da LC 141/12); 2.7. Saneamento básico dos distritos sanitários especiais indígenas e de comunidades remanescentes de quilombos (inciso VII do artigo 3º da LC 141/12) ; 2.8. Manejo ambiental vinculado diretamente ao controle de vetores de doenças (inciso VIII do artigo 3º da LC 141/12); 2.9. Investimento na rede física do SUS, incluindo a execução de obras de recuperação, reforma, ampliação e construção de estabelecimentos públicos de saúde (inciso IX do artigo 3º da LC 141/12); 2.10. Remuneração do pessoal ativo da área de saúde em atividade nas ações de que trata este artigo, incluindo os encargos sociais (inciso X do artigo 3º da LC 141/12); 2.11. Ações de apoio administrativo realizadas pelas instituições públicas do SUS e imprescindíveis à execução das ações e serviços públicos de saúde (inciso XI do artigo 3º da LC 141/12); 2.12. Gestão do sistema público de saúde e operação de unidades prestadoras de serviços públicos de saúde (inciso XII do artigo 3º da LC 141/12); Conclusão; Referências

Introdução

A saúde pública é direito de todos e dever irrenunciável do Estado, conforme estabelece o artigo 196 da Constituição Federal de 1988 (CRFB/88). O cidadão tem o direito fundamental de exigir do Estado a prestação de serviço público de saúde, sendo recorrente, nos

dias atuais, a busca por tutela jurisdicional para fazer valer esse direito social[2].

A judicialização da política pública de saúde por cidadãos e por órgãos de controle – máxime o Ministério Público – evidencia um dos grandes problemas que assolam o Estado brasileiro: o serviço público de saúde, salvo raras exceções, é ruim no Brasil[3].

---

[2] A ideia de direito fundamental social da saúde na CRFB/88 foi bem explorada por Ricardo Augusto Dias da Silva: *"A partir das dimensões estabelecidas do Direito Fundamental saúde, considerando-se que a saúde constitui um bem essencial para a pessoa humana, é de ser ressaltado o fato desse direito ser objeto tutelado tanto pelo direito internacional como pelos direitos humanos, bem como no plano interno nos Estados na condição de Direito Fundamental, como defende-se ser o caso do Brasil. No caso específico do direito brasileiro, constata-se que o direito à saúde foi reconhecido como um Direito Fundamental nos artigos 6º e 196 e ss., respectivamente, da Constituição Federal.*

(...)

Com relação à sua característica de direito prestacional, a dimensão positiva, infere-se que o Direito Fundamental à saúde reclama a ação positiva do Estado e da iniciativa privada, as políticas públicas e as ações afirmativas, respectivamente, para o exercício desse direito.

Esse viés prestacional relaciona-se no plano material à logística a ser disponibilizada a todos os titulares do Direito Fundamental à Saúde, no caso do Estado constitucional brasileiro a ser provida pelo Estado através de políticas públicas concretizadas através da prestação de serviços e fornecimento de bens aos que necessitam". (DIAS DA SILVA. Ricardo Augusto. Direito Fundamental à Saúde – O Dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 84).

[3] Vanice Regina Lírio do Valle acentua o fenômeno da judicialização de políticas de Estado como critério de proteção da dignidade humana e do fortalecimento da cidadania: *"A judicialização da política – nisso se compreendendo as opções dessa mesma natureza, relacionadas à prospectiva do agir da Administração - a partir da constituição de 1988 se manifesta como fenômeno caracterizado pela presença expansiva dos direitos fundamentais, suas garantias e as instituições postas a seu serviço, expressando um '..avanço da agenda igualitária em um contexto que, tradicionalmente, não conheceu as instituições da liberdade..'. Compreensível, portanto, o entusiasmo com que a cidadania, por si ou por instituições que a representem, reencontrando-se com a democracia, tenha se lançado na persecução jurisdicional dos direitos assegurados pelo novo Texto Fundante, supostamente não garantidos, no todo ou em parte, pelas estratégias de ação do Estado. Previsíveis, de*

É fora de dúvida que os avanços necessários no campo desse relevante e prioritário serviço público exige não apenas gestão eficiente, mas, sobretudo, alocação suficiente de recursos. Neste sentido, o constituinte e o Poder Legislativo impuseram aos entes públicos investimentos mínimos, tendo por base de cálculo, para os Estados e o Distrito Federal, as receitas tributárias. A Constituição hierarquizou e priorizou o serviço público de saúde e delegou à lei complementar (com exceção da União, cujo investimento mínimo já foi fixado pelo próprio texto constitucional em %) o dever de fixar os percentuais mínimos orçamentários para investimentos, com revisão periódica a cada cinco anos, conforme artigo 198, § 2º, inciso II e § 3º, II da CRFB/88 (com redações conferidas pelas Emendas Constitucionais nºs. 29/2000 e 86/2015).

A Lei complementar n. 141/2012, em seu artigo 6º, estabelece que "*os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea "a" do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios*".

Percebe-se, portanto, que a partir da citada legislação, os Estados e o Distrito Federal são obrigados a investirem, anualmente, o mínimo de 12 % das receitas oriundas de impostos estaduais e de outras fontes decorrentes de repasses de impostos pela União Federal previstas na

outro lado, os riscos de uma tendência a um ativismo de parte de um Judiciário que, apontado como o garantidor desses mesmos direitos, vê-se tentado a ampliar o seu espaço de atuação, em nome do valor maior de proteção à dignidade da pessoa". (VALLE, Vanice Regina Lirio. Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 97).

CRFB/88[45]. Em não o fazendo, os gestores públicos sujeitam-se à emissão de parecer prévio contrário por parte dos Tribunais de Contas (artigo 71, I, da CRFB/88), além do cometimento de improbidade administrativa[46].

---

[4] Estudo produzido por Magali Geovana Ramlow Campelli e Maria Cristina M. Calvo em 2007 demonstrou que até aquele momento a União e os Estados não vinham cumprindo a Emenda Constitucional nº 29/2000; daí a importância a relevância da edição da LC nº 141/2012. Segundo as Autoras, "os dados do SIOPS (sistema de coleta e processamento de dados sobre receitas totais e gastos com ações e serviços públicos de saúde das três esferas de governo) revelam que também os Estados não vêm cumprindo a EC-29. A Tabela 3 indica que, no ano 2000, 11 Estados não cumpriram a EC-29, o que representou um passivo de R$ 0,88 bilhão. No ano de 2001, esse número aumentou para 18, e deixaram de ser aplicados em saúde R$ 1,08 bilhão. Em 2002, foram 16 Estados, representando um passivo de R$ 1,66 bilhão. Em 2003, 13 Estados deixaram de cumprir o exigido pela EC-29, o que representa a não aplicação de recursos financeiros na ordem de R$ 1,67 bilhão. O déficit acumulado até 2003 representa uma dívida de R$ 5,29 bilhão com o SUS." CAMPELLI, Magali Geovana Ramlow; CALVO, Maria Cristina M. O cumprimento da Emenda Constitucional nº 29 no Brasil. Cadernos de Saúde Pública, Jul./2007, Volume 23, Nº 7, p. 1.615 (p. 1613 – 1623).

[5] Claudio Hamilton Matos dos Santos, Bernardo Patta Schettini, Lucas Vasconcelos e Érica Lima Ambrosio destacam o aspecto positivo da vinculação do investimento mínimo à receita de impostos. "A existência de mínimos constitucionais para os gastos públicos em saúde e educação sugere a possibilidade de que acréscimos na arrecadação sejam seguidos de acréscimos nos gastos (sobretudo estaduais e municipais) nas áreas analisadas. Essa hipótese é, em princípio, testável." (SANTOS, Claudio Hamilton Matos dos. SCHETTINI, Bernardo Patta. VASCONCELLOS. AMBROSIO, Érica. A Dinâmica dos Gastos com Saúde e Educação Públicas no Brasil – 2006 /2015 -: Impacto dos mínimos constitucionais e relação com a arrecadação tributária. Texto Para Discussão/Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada -IPEA. Nº 2289. Brasília: Rio de Janeiro: IPEA, p. 29

[6] O Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro emitiu pareceres prévios contrários à aprovação das "contas de governo" do Chefe do Poder Executivo nos anos de 2017 (processo TCE 101576-6/2017- Relatora Conselheira Marianna Montebello Willeman), 2018 (processo TCE 113304-9/2018, Relator Conselheiro Substituto Marcelo Verdini Maia) e 2019 (processo TCE 101.949-1, Relatora Conselheira Substituta Andrea Siqueira Martins), respectivamente, contas referentes aos exercícios de 2016, 2017 e 2018, ante o descumprimento da aplicação do limite

Com o intuito de evitar distorções no conceito de "saúde" por parte dos gestores públicos (prática comum antes de 2012[7]), a Lei Complementar nº 141/2012 estabeleceu, em seu artigo 3º, quais medidas adotadas na área da saúde podem ser consideradas para atingimento do percentual mínimo de 12% anteriormente referido. E mais: em seu artigo 4º explicitou as medidas que não podem ser consideradas como despesas de saúde, para o mesmo objetivo; ou seja, vedando expressamente seu cômputo para fins de atingimento do percentual mínimo de vinculação.

À luz desse contexto normativo, o objetivo do presente estudo é analisar, de maneira detalhada, as medidas contidas nas normas dos artigos 3º e 4º da Lei Complementar nº 141/2012, e verificar se seus conceitos estão postos a partir de premissas vinculadas ou se, inversamente, permitem liberdade de interpretação e apreciação pelos gestores públicos.

---

mínimo de 12 % na saúde pública. Entretanto, a Assembleia Legislativa (ALERJ), a quem compete o julgamento das contas de governo (por simetria, o artigo 49, IX, da CRFB/88), acabou por aprovar as Contas dos nos anos de 2016 e 2017, sob a justificativa jurídico/política de um colapso financeiro no Estado; pendente, até a data final deste trabalho a análise das contas de 2018. A aprovação das contas pela ALERJ, porém, não obstaculizou o ajuizamento, pelo Ministério Público, de ações de improbidade administrativa contra o ex-Governador do Estado Luiz Fernando Pezão.

[7] Relevantes as observações de Rodrigo Nóbrega Farias sobre a mentalidade dos gestores brasileiros sobre a saúde pública e o anseio para cumprimento do percentual mínimo a ser investido com medidas que, em última análise, não representam gastos com saúde: *"As discussões sobre a operacionalização da EC 29/2000, no Governo Federal, e os debates conceituais de despesas com saúde, em todos os níveis de Governo, bem como outros esforços de desvinculação de receitas, tinham, como objetivo, a fuga às determinações da lei, mostrando dificuldades em sua implementação. O que, no primeiro momento, constituiu um indiscutível avanço foi, paulatinamente, sendo desvirtuado pelo administrador público, buscando inserir, em uma conceituação ampla, todo e qualquer gasto público, como sendo da área da saúde. Essa tentativa reflete a mentalidade do administrador público brasileiro, que ainda trata a saúde não como um dos objetivos a serem alcançados pelo Estado, mas como uma obrigação"*. (FARIAS, Rodrigo Nóbrega. Direito à Saúde & Sua Judicialização. Curitiba: Juruá, 2018, p. 147-148).

Para tanto, buscar-se-á a análise dos conceitos contidos nos artigos 3º e 4º da Lei Complementar nº 141/2012 a partir de estudos doutrinários e da interpretação prática conferida pelos órgãos de controle, notadamente os Tribunais de Contas e o Poder Judiciário, com destaque nos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal. A finalidade, portanto, será encontrar balizas técnico-jurídicas para que o gestor da área de saúde possa ter suporte em suas escolhas e atuações para atingir o percentual mínimo a ser aplicado em saúde pública, a partir de conceitos jurídicos que lhes confiram margem de subjetividade interpretativa para sua implementação na prática administrativa.

Contudo, antes de se desenvolver especificamente a análise proposta, faz-se necessário abordar, como premissa para sua compreensão, ainda que de maneira objetiva, o atual panorama dos principais institutos jurídicos convencionalmente adotados pela doutrina administrativista brasileira e que permitem ao administrador público livremente apreciar conceitos para, diante do caso concreto, tomar as decisões administrativas.

1. Subjetividades Públicas

1.1. Vinculação e discricionariedade

A doutrina tradicional do Direito Administrativo brasileiro, quando da classificação dos atos administrativos na perspectiva da liberdade de atuação dos agentes públicos, cuida dos atos *administrativos vinculados* e dos atos *administrativos discricionários*.

Assim o faz para expressar que a *vinculação* não permite ao agente público liberdade para valoração de qualquer aspecto subjetivo na prática do ato administrativo; desde que presentes as circunstâncias que tradicionalmente constituem seus elementos (competência, forma, finalidade, motivo e objeto), compete ao agente público atuar sem

qualquer subjetividade. Isto é, os elementos do ato administrativo já estão predeterminados pela legislação[8].

De outro lado, os *atos administrativos discricionários* apresentam elementos que permitem valoração subjetiva pelos agentes públicos, os quais, diante do caso concreto, poderão – *orientados por critérios de conveniência e oportunidade* – aquilatar o melhor momento de emitir a vontade administrativa à luz do que consideram interesse público[9]. Isto é, será permitido ao agente público certo grau de subjetividade para escolher uma dentre duas ou mais opões válidas, previstas na legislação, para dar lugar à tutela do interesse público.[10]

Doutrinadores há que sustentam a superação da classificação dos atos administrativos em vinculados e discricionários. Sob uma perspectiva de controle judicial, aduzem que todos os atos da Administração Pública possuem, em alguma medida, certo grau (ou nível) de vinculação à lei e, por isso, quanto maior o grau de vinculação, maior será a possibilidade de controle por órgãos externos à

---

[8] "Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa. Desatendido qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, tomando-se passível de anulação pela própria Administração, ou pelo Judiciário, se assim o requerer o interessado." (MEIRELLES, Hely Lopes (atualizado por José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. Direito Administrativo Brasileiro. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 191.

[9] "O regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações." (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 291-292).

[10] Mencione-se, por todos: CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 131.

Administração Pública, notadamente o Poder Judiciário. Em outra medida, quanto maior a fluidez do conceito ou de sua tecnicidade, menor a interferência externa a cargo do Poder Judiciário. Cunhou-se, assim, o que se convencionou denominar de "teoria da juridicidade", conferindo enfoque "jurídico-funcional" que busca escapar da categoria binária e estática da "vinculação *versus* discricionariedade"[11].

---

[11] No Brasil esta teoria está bem assentada na doutrina de Gustavo Binenbojm, que, citando Andreas J. Krell, expôs: "(...) ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial dos seus atos. Todavia, a definição da *densidade do controle* não segue uma lógica puramente *normativa* (que se restrinja à análise dos enunciados normativos incidentes ao caso), mas deve atentar também para os *procedimentos* adotados pela Administração e para as *competências e responsabilidades* dos órgãos decisórios, compondo a pauta para um critério que se poderia intitular de *jurídico-funcionalmente adequado*.

(...)

Portanto, ao invés de uma predefinição *estática* a respeito da controlabilidade judicial dos atos administrativo (como em categorias binárias, do tipo ato vinculado *versus* ato discricionário), impõe-se o estabelecimento de critérios de uma *dinâmica* distributiva 'funcionalmente adequada' de tarefas e responsabilidades entre Administração e Judiciário, que leve em conta apenas a *programação normativa* do ato a ser praticado (estrutura dos enunciados normativos constitucionais, legais ou regulamentares incidentes ao caso), como também a 'específica idoneidade (de cada um dos Poderes) em virtude da sua estrutura orgânica, legitimação democrática, meios e procedimentos de atuação, preparação técnica etc., para decidir sobre a propriedade e a intensidade da revisão jurisdicional de decisões administrativas, sobretudo das mais complexas e técnicas'.

Com efeito, naqueles campos em que, por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica, falecem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menor. Nestas casos, a *expertise* e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da espessura do controle. Há também situações em que, pelas circunstâncias específicas de sua configuração, a decisão final deve estar preferencialmente a cargo do Poder Executivo, seja por seu lastro (direto ou mediato) de legitimação democrática, seja em deferência à legitimação alcançada após um procedimento amplo e efetivo de participação dos administrados na decisão". (BINENBOJM. Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.224/225).

1.2. Espaço de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados

Os conceitos jurídicos indeterminados permeiam o ordenamento jurídico. Não é raro o agente público se deparar com comandos normativos que permitem atuação diante de expressões como "notório saber", "relevante interesse coletivo", "interesse público", "paz social", dentre outras.

Os conceitos indeterminados possibilitam a atuação do agente público, mediante livre apreciação e com margem de atuação que o afasta, naturalmente, da noção técnica estrita de *vinculação*, que pressupõe a presença de todos os elementos do ato administrativo na norma jurídica. Há uma liberdade interpretativa do conceito vago e aberto à luz do caso concreto, ficando o agente "vinculado" à finalidade legal que lhe permite atuar.[12]

Apesar de conferir aos agentes públicos liberdade de atuação, os conceitos indeterminados não se confundem com a discricionariedade, pois a atuação do agente não se submete a critérios tão objetivos de decisão[13] previstos na norma, facultando-se a adoção de uma dentre duas ou mais opões válidas e possíveis.

---

[12] Serve de referência o estudo de António Francisco de Souza, talvez o primeiro publicado no Brasil, ainda nos idos de 1986, onde propôs estudar o termo "conceitos legais indeterminados" no direito alemão, abordando todas as teorias que lhe davam sustentação, sobretudo para traçar a diferença com os chamados poderes vinculado e discricionário. (SOUZA, Antônio Francisco de. Os "Conceitos Legais Indeterminados" no Direito Administrativo Alemão. *In* Revista de Direito Administrativo, vol. 166, Rio de Janeiro, out/dez. 1986, p. 276-291).

[13] Novamente Gustavo Binenbojm fornece, com a citação de José Manuel Sérvulo Correia, objetiva diferença entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados: "Como visto, o ato discricionário pressupõe um poder de escolha do administrador. Este, diante de uma situação concreta, pode optar por um ou outro caminho, de acordo com critérios racionais que, a seu ver, produzam a melhor solução. (...)

Em verdade, a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados foi inserida no direito público brasileiro[14] tendo por base a liberdade interpretativa e decisória em abstrato, mas, diante do caso concreto, o intérprete não passa por um juízo de indeterminação, pois somente tem uma única solução possível à luz do interesse da legislação que o permite atuar.

Pode-se dizer, pois, que o Poder Legislativo, ao inserir um conceito indeterminado na norma, concede ao Poder Executivo a liberdade de interpretá-lo e apreciá-lo para, diante de casos concretos, conformá-lo à finalidade imanente à norma autorizativa com a tomada de decisão a partir de uma solução justa e possível.

1.3. Teoria da Apreciatividade versus Discricionariedade

Modernamente foi desenvolvida no direito administrativo a ***teoria da apreciatividade***, com traços distintivos do conceito de *discricionariedade*, para explicar a liberdade de atuação ou de conformação da vontade administrativa ao interesse público, a partir da atuação dos denominados "agentes da ponta" (ou de "linhas de frente" ou "agentes de rua"), assim considerados aqueles que lidam diretamente com os problemas do cotidiano da sociedade nas mais diversas

---

Já os atos fundados em conceitos jurídicos indeterminados não são fruto de uma *opção* do administrador. SE é que há uma eleição, esta é do próprio legislador, que escolheu o uso de termos vagos e conceitos imprecisos, sendo que a sua aplicação resolve-se com a interpretação de seu sentido. Mais precisamente, a aplicação de um conceito jurídico indeterminado passa por duas operações lógicas: 'a interpretação abstracta do conceito (Auslegung) e a sua sobreposição ao caso concreto por via da subsunção deste à hipótese da norma (Anwendung)". (BINENBOJM. Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 217-218).

[14] Para o leitor interessado no estudo da evolução histórica dos conceitos jurídicos indeterminados e de sua atual aplicação no direito brasileiro e europeu, sugere-se a leitura da obra de André Saddy. (SADDY, André. Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 214-240).

atividades públicas, cuja necessidade de atuação deriva do momento e não têm suas opções previamente estabelecidas na norma jurídica. É a liberdade de atuação a partir de situações concretas, surgidas durante a atividade do agente público.

André Saddy, responsável pela elaboração e pela introdução da teoria no direito brasileiro, fornece o fundamento jurídico da apreciatividade administrativa:

> *(iv) Por fim, a* ***apreciatividade administrativa*** *seria a margem de liberdade que se projeta sobre fatos e critérios interpretativos, variando a intensidade de acordo com o âmbito que se exercite – existente em toda tomada de decisão na qual o agente público utiliza uma operação de discernimento ou ajuizamento para aplicar a norma -, usando-se de critérios e subcritérios, ponderando interesses e fatores em conflito e atribuindo pesos relativos às opções que tenha decorrentes das indeterminações do Direito, como o conteúdo do Direito, os defeitos do sistema jurídico e, principalmente, do exercício funcional, referindo-se, comumente, a ações não deônticas, sem prévio procedimento administrativo e não tendo, necessariamente, um ato administrativo formal ao final de seu exercício, mas atendendo, mormente, aos interesses públicos , mesmo que tenha de se afastar ou desviar da realização dos efeitos jurídicos fixados na norma – ou seja, da legra escrita da lei – para atingir a finalidade e o propósito da norma jurídica por razões compradas de especial relevância.*[15]

[15] SADDY, André. Discricionariedade e jurisdição nacional / supranacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p.133. o Autor ainda fornece a distinção entre discricionariedade e apreciatividade: [...] *a apreciatividade é aquela margem de liberdade que a Administração dispõe para adotar uma eleição/decisão, normalmente rápida e rotineira, ante situações de fato que assim requeiram. São os casos em que as garantias procedimentais praticamente não existem, seja por estar diante de um caso de ação não deôntica ou pela imediatidade da atuação. A motivação formal prévia tampouco existe nessas hipóteses, ainda que se possa motivar ou justificar a*

Em verdade, essa liberdade de atuação dos agentes públicos não está previamente prevista na norma jurídica. Tem origem em uma liberdade de atuação decorrente da atividade administrativa desempenhada, que impõe ao agente público a tomada de decisões práticas que não decorrem de uma típica discricionariedade administrativa (concebida em seu sentido técnico-jurídico por uma norma jurídica), mas sim da efetiva necessidade de implementar a vontade da administração em uma situação concreta surgida no cotidiano da sociedade. Possível citar como exemplo a atuação de um guarda de trânsito que decide, legitimamente, organizar o tráfego em "desacordo" com os sinais dos semáforos, por conta de causas extraordinárias (excesso de congestionamento, por exemplo); não estaria o agente público de trânsito, na hipótese, a atuar discricionariamente, mas sim apreciativamente, na medida em que não era possível prever o "caos" no trânsito na norma jurídica[16]; ao contrário, a situação concreta exigiu dele uma atuação apreciativa para melhor ordenar a vida em sociedade.

---

atuação ulteriormente." (SADDY, André. Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa. Op. cit., p. 270).

[16] André Saddy apresenta parte da diferença entre discricionariedade e da apreciatividade: *"O importante, no entanto, é saber que a margem de manobra existentes nesses agentes é outorgada de maneira distinta das que possui os órgãos diretivos. Enquanto a discricionariedade deriva da norma jurídica, a apreciatividade deriva de outras fontes. No entanto, não se pode contemplar como usurpadores de tal autoridade nem infringentes do princípio da legalidade, pois o sistema modula suas funções para ser assim. Afinal de contas, não há nenhuma sanção substancial contra tais eleições ou decisões; pelo contrário, há, muitas vezes, sanções em caso de que o agente não respeite a ordem. (...)*

(...) A diferença da discricionariedade, a apreciatividade, normalmente, é concedida por outras fontes que não são as normas de conduta e competência, como as orientações políticas do governo; as diretrizes efetuadas pela própria Administração; a autoridade administrativa hierárquica; os treinamentos; as escolas de formação; a resolução contínua de igual forma de hipóteses semelhantes (aspectos conhecidos como o precedente administrativo); a celebração prévia ao exercício do poder de um

2. Subjetividades públicas interpretativas nos artigos 3º e 4º da Lei Complementar n. 141/2012

Após a breve e objetiva exposição teórica acerca do direito fundamental do cidadão à saúde pública e da obrigação constitucional e legal do Estado de investir, nesta área, valores mínimos do orçamento, passa-se ao objeto central do estudo; isto é, passa-se a investigar se as medidas previstas nos artigos 3º e 4º da Lei Complementar n. 141/2012 possuem subjetividades que permitem aos gestores conferir-lhes interpretação elástica (*fruto da discricionariedade ou da liberdade de apreciação de conceitos jurídicos indeterminados*), ou, alternativamente, se estarão vinculados aos conceitos predeterminados pela legislação.

A intenção da investigação é delimitar a dimensão da interpretação possível dos conceitos legais para fins de expansão das

---

convênio de um sujeito privado; as declarações de juízo emitidas por um órgão distinto daquele a quem corresponde iniciar, instruir ou resolver o procedimento, conhecido como informe; e até, inclusive, intuição.

Normalmente, a atribuição da apreciatividade para eleger ou decidir entre atuar ou não e, quando se decide, escolher atuar entre uma infinidade de possibilidades, alternativas ou opções a seguir significa que o agente, em caso de colisão com outros bens ou tarefas, pode dar prioridade a mais importante ou urgente e delegar para um segundo plano o que é secundário e pode esperar.

(...)

O que defere a apreciatividade da discricionariedade é que, na segunda, decidindo atuar, deve o administrador optar por uma das consequências que a norma jurídica o autoriza. Na primeira, decidindo atuar, este tem total liberdade de eleição/decisão, não necessitando optar entre as distintas consequências jurídicas oferecidas alternativa e/ou disjuntivamente pela norma. Por não ser derivada da norma jurídica, a apreciatividade não ´a autonomia de optar entre tais elementos perceptivos. Trata-se de um processo volitivo no qual existem possíveis diferentes soluções, todas corretas, e que não estão presentes em nenhuma ordem normativa, ao menos não de forma explícita". (SADDY, André. Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa. Op. cit., p. 278, 282 e 284).

medidas administrativas na área da saúde, alargando-se, com isso, o espectro de ações da base de cálculo do investimento mínimo (12% do orçamento de impostos) dos Estados federados na saúde. Para tanto, o trabalho fará o cotejo das medidas que constituem a base de cálculo dos 12% do orçamento mínimo (artigo 3º da LC 141/12) e das ações que estão fora da referida base de cálculo (artigo 4º da LC 141/12).

2.1. Vigilância em saúde, incluindo a epidemiológica e a sanitária (inciso I do artigo 3º da LC 141/12)

Vigilância é um conceito aberto que permite aos administradores públicos interpretação razoável para disposição de recursos na área da saúde. Possui uma *zona de certeza negativa* (*não cuida de vigilância em sentido de segurança pública ou mesmo de segurança de redes hospitalares*) e uma *zona de certeza positiva*, que permite ao Estado computar na base de cálculo dos investimentos mínimos já referidos nas despesas com prevenção e investigação de doenças, incluindo aí o combate a epidemias.

A Lei Federal nº 8.080/90 fornece alguns parâmetros (abertos) para implementação do conceito de vigilância sanitária e epidemiológica nos §§§ 1º, 2º e 3º de seu art. 6º[17]. Há, todavia, ao que parece, uma *zona cinzenta* no conceito de "vigilância" a ser objeto de concretização interpretativa (*livre apreciação de um conceito jurídico indeterminado*) pelo gestor e que permite concluir ser possível a inclusão das atividades de manutenção de políticas públicas (inclusive publicidade) que visem ao combate e à erradicação de doenças para atingimento do percentual de 12 % do orçamento oriundo de impostos para investimento mínimo na saúde.

[17] Art. 6º (...) "§ 2º Entende-se por vigilância epidemiológica um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos.

O conceito de "vigilância em saúde" vem sendo objeto de debates perante os Tribunais de Contas estaduais para fins de contabilização de despesas no orçamento mínimo a ser empregado em saúde. O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo - TCE-SP, por exemplo, quando da emissão de parecer prévio às contas do Município de Patrocínio Paulista, referentes ao exercício de 2012[18], considerou inserido no conceito de "vigilância em saúde" a castração de animais (cães e gatos).

Já o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais - TCE-MG, em 2016, em resposta à consulta formulada pelo Prefeito do Município de Poço Fundo, considerou abrangido pelo conceito de "vigilância em saúde" a atuação pública de coleta, tratamento e destinação final de resíduos sólidos hospitalares, tais como seringas contaminadas, curativos, ampolas etc. Isto é, o TCE-MG admitiu a possibilidade de inclusão das despesas com as referidas atividades para o computo no percentual constitucional mínimo obrigatório, desde que estritamente ligadas aos serviços de saúde, enquanto atividades-fim, de unidades hospitalares e ambulatoriais, mais especificamente as contidas nas Resoluções nº 306 da Diretoria Colegiada da ANVISA e nº 358 do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA. Restaram excluídas, as despesas com manuseio de resíduos próprios de atividades de unidades de apoio administrativo[19]. Note-se, pois, a liberdade de conformação pelos gestores do conceito de "vigilância em saúde".

Por fim, ainda com o intuito de descortinar o conceito indeterminado de "vigilância em saúde", relevante mencionar a Portaria 1.378, de 09 de julho de 2013, editada pelo Ministério da Saúde, que regulamentou as responsabilidades e definiu as diretrizes para execução

---

[18] TCE-SP. Prestação de Contas. TC-001952/02612. Relator: Conselheiro Robson Marinho. Julgado em 11/03/2014, Disponível em: <http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/274974.pdf>. Acesso em: 08 mar 2019.

[19] TCE-MG. Consulta. 969155. Relator: Conselheiro Wanderley Ávila. Plenário, julgado em 02/03/2016, Disponível em: <https://tcnotas.tce.mg.gov.br/tcjuris/Nota/BuscarArquivo/1254966>. Acesso em: 08 mar 2019.

e financiamento das ações de Vigilância em Saúde pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, relativos ao Sistema Nacional de Vigilância em Saúde e Sistema Nacional de Vigilância Sanitária. No artigo 4º[20], detalhou as práticas voltadas ao atingimento do conceito jurídico indeterminado "vigilância", destacando a realização de estudos para análise e planejamento para detecção e tratamentos de doenças, o que, por certo, expressões abertas que serão implementadas pelos gestores públicos nos casos concretos.

2.2. Atenção integral e universal à saúde em todos os níveis de complexidade, incluindo assistência terapêutica e recuperação de deficiências nutricionais (inciso II do artigo 3º da LC 141/12)

As medidas previstas nesta norma jurídica ("atenção integral e universal") são amplas e possuem, por isso, grau mínimo de vinculação dos gestores. Talvez seja a regra mais "aberta" na legislação para ser objeto de implementação pelo gestor público à luz de critérios de conveniência e oportunidade e de conformação do interesse público.

Argumente-se, pois, que há liberdade interpretativa para decidir sobre os conceitos indeterminados "*atenção integral e universal à*

[20] "Art. 4º As ações de Vigilância em Saúde abrangem toda a população brasileira e envolvem práticas e processos de trabalho voltados para: I - a vigilância da situação de saúde da população, com a produção de análises que subsidiem o planejamento, estabelecimento de prioridades e estratégias, monitoramento e avaliação das ações de saúde pública; II - a detecção oportuna e adoção de medidas adequadas para a resposta às emergências de saúde pública; III - a vigilância, prevenção e controle das doenças transmissíveis; IV - a vigilância das doenças crônicas não transmissíveis, dos acidentes e violências; V - a vigilância de populações expostas a riscos ambientais em saúde; VI - a vigilância da saúde do trabalhador; VII - vigilância sanitária dos riscos decorrentes da produção e do uso de produtos, serviços e tecnologias de interesse a saúde; e VIII - outras ações de vigilância que, de maneira rotineira e sistemática, podem ser desenvolvidas em serviços de saúde públicos e privados nos vários níveis de atenção laboratórios, ambientes de estudo e trabalho e na própria comunidade".

saúde" e em "*todos os níveis de complexidade*". Não pode restar dúvidas, porém, que a política pública deve estar diretamente relacionada à atividade de saúde pública, não sendo lícito ao gestor a utilização de medidas que se insiram em *zona de certeza negativa* do conceito, como, por exemplo, o fornecimento gratuito de alimentação à população carente, sob a perspectiva de que tal política social está contida em um conceito amplo de "atenção integral e universal à saúde". A esse propósito, relevante anotar que o dispositivo legal em comento foi objeto de ressalva na proibição do artigo 4º, inciso IV da LC 141/12, quando vedou expressamente a inclusão das despesas com merenda escolar e outros programas de alimentação, ainda que executados em unidades do SUS, no cômputo das despesas mínimas com saúde pelos Estados.

O conceito de "assistência terapêutica" não se afigura vinculado; ao contrário, comporta subjetividades em sua aplicação, de modo a concluir pela abrangência, também, de tratamentos de psicoterapia, terapia, acupuntura e demais atividades relacionadas, desde que diretamente relacionados à saúde do cidadão.

No que diz respeito à recuperação de deficiências nutricionais, incluem-se as atividades para tratamento de carências nutricionais, tais como distribuição de leite especial e algumas vitaminas específicas, vedando-se a implementação do conceito com a distribuição de alimentos em programas de natureza assistencial.[21]

Ainda nesse contexto, importante também identificar técnicas ou parâmetros de concretização do indeterminado conceito "atenção universal". O *princípio da universalidade*[22] atribui aos usuários de

[21] AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE (ASPS). TESOURO NACIONAL. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/483733/CPU_Item_1_4_LC_141_MDF_STN_Texto_revisado%2B_apos_reuniao_da_CT_em_06_10_2015.pdf/dd1ff5d4-a602-4d27-861f-05cd005e14e5>. Acesso em: 07 mar. 2019.

[22] Para Dinorá Adelaide Musetti Grotti, o princípio da universalidade consiste na *"possibilidade de que o serviço possa ser exigido e usado por todos. Significa que o mesmo deve atender indistintamente, a todos que dele necessitem, independentemente do poder aquisitivo, satisfeitas as condições para sua obtenção. Sua manutenção se*

serviços públicos (notadamente os de saúde) o direito de compelir o ente estatal competente (ou o particular concessionário para a sua prestação) a prestar-lhe de maneira eficiente, dentro dos padrões da razoabilidade e do princípio da reserva do possível[23]. De outro lado, obriga o Estado a manter e a desenvolver políticas públicas constantes para atingir o maior número possível de usuários que necessitam do serviço de saúde, vendando a política desenvolvida para grupos específicos.

O Ministério da Saúde editou a Portaria n. 2.436, de 21 de setembro de 2017, e, com isso, aprovou a Política Nacional de Atenção Básica, estabelecendo a revisão de diretrizes para a organização da Atenção Básica, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). No anexo à portaria foram "definidos" os princípios da *universalidade, equidade* e da *integridade*, ressaltando-se a amplitude dos termos empregados, o que caracteriza, conforme já afirmado, liberdade de atuação e conformação do gestor à luz dos casos concretos.[24]

---

constitui num dever legal, podendo ser exigido tanto daqueles que tenham a competência para institui-lo quanto daqueles que o executem". (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 55/56). Celso Ribeiro Bastos comunga de sentimento parecido: *"o direito que todos têm de utilizar os serviços públicos, dentro das modalidades estabelecidas, sem se negar a um usuário o que foi concedido a outro. As exclusões da utilização dos serviços não podem ser, em consequência, arbitrárias*". (BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Administrativo. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 170).

[23] Merece registro o trabalho de Denise dos Santos Vasconcelos Silva sobre o princípio da reserva do possível e sua aplicação evolutiva (suas fases), sobretudo na área da saúde pública. A autora, na linha do que vem sendo decidido pelo Supremo Tribunal Federal, aduz que a terceira fase de evolução impõe ao Estado o ônus de provar que a obrigação ultrapassa a "reserva do financeiramente possível". (SILVA, Denise Santos Vasconcelos. Direito à Saúde – Ativismo Judicial, Políticas Públicas e Reserva do Possível. Curitiba: Juruá, 2015, p.114-121).

[24] "Os princípios e diretrizes, a caracterização e a relação de serviços ofertados na Atenção Básica serão orientadores para a sua organização nos municípios, conforme descritos a seguir:

1.1 - Princípios

- Universalidade: possibilitar o acesso universal e contínuo a serviços de saúde de qualidade e resolutivos, caracterizados como a porta de entrada aberta e preferencial

Deste modo, terá o gestor público liberdade de interpretação para adoção de políticas públicas que, diante de situações concretas, buscarão concretizar os conceitos jurídicos indeterminados contidos na norma jurídica em comento, notadamente para conferir eficácia aos preceitos "*atenção universal e integral à saúde*", sobretudo para prevenir e combater deficiências nutricionais e para implementar tratamentos terapêuticos (exemplos: terapias ocupacionais para pessoas idosas em praças públicas, terapias para combate à dependência química e ao alcoolismo). Por se tratar do dispositivo legal onde a subjetividade do gestor poderá ser mais aplicada, relevante mencionar decisão do Tribunal de Contas da União – TCU, que, respondendo consulta formulada pelo Presidente da Comissão de Seguridade Social e Família

---

da RAS (primeiro contato), acolhendo as pessoas e promovendo a vinculação e corresponsabilização pela atenção às suas necessidades de saúde. O estabelecimento de mecanismos que assegurem acessibilidade e acolhimento pressupõe uma lógica de organização e funcionamento do serviço de saúde que parte do princípio de que as equipes que atuam na Atenção Básica nas UBS devem receber e ouvir todas as pessoas que procuram seus serviços, de modo universal, de fácil acesso e sem diferenciações excludentes, e a partir daí construir respostas para suas demandas e necessidades.

- Equidade: ofertar o cuidado, reconhecendo as diferenças nas condições de vida e saúde e de acordo com as necessidades das pessoas, considerando que o direito à saúde passa pelas diferenciações sociais e deve atender à diversidade. Ficando proibida qualquer exclusão baseada em idade, gênero, cor, crença, nacionalidade, etnia, orientação sexual, identidade de gênero, estado de saúde, condição socioeconômica, escolaridade ou limitação física, intelectual, funcional, entre outras, com estratégias que permitam minimizar desigualdades, evitar exclusão social de grupos que possam vir a sofrer estigmatização ou discriminação; de maneira que impacte na autonomia e na situação de saúde.
- Integralidade: É o conjunto de serviços executados pela equipe de saúde que atendam às necessidades da população adstrita nos campos do cuidado, da promoção e manutenção da saúde, da prevenção de doenças e agravos, da cura, da reabilitação, redução de danos e dos cuidados paliativos. Inclui a responsabilização pela oferta de serviços em outros pontos de atenção à saúde e o reconhecimento adequado das necessidades biológicas, psicológicas, ambientais e sociais causadoras das doenças, e manejo das diversas tecnologias de cuidado e de gestão necessárias a estes fins, além da ampliação da autonomia das pessoas e coletividade."

da Câmara dos Deputados - CSSF sobre a classificação de certas despesas como ações e serviços públicos de saúde pelo Poder Executivo, para fins de apuração do orçamento mínimo, assim se posicionou:

> "CONSULTA FORMULADA PELO PRESIDENTE DA COMISSÃO DE SEGURIDADE SOCIAL E FAMÍLIA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS (CSSF). DÚVIDAS A RESPEITO DAS DESPESAS A CARGO MINISTÉRIO DA SAÚDE QUE PODEM SER COMPUTADAS NO PISO CONSTITUCIONAL DA SAÚDE, HAJA VISTA O DISPOSTO NA LC 141/2012. CONHECIMENTO. RESPOSTA NEGATIVA A TODOS OS QUESTIONAMENTOS. 1. Não podem ser computadas para fins de cumprimento do piso constitucional da saúde, por não cumprirem os critérios estabelecidos na LC 141/2012, as despesas com o REHUF, a ANS, as Academias da Saúde[25], a integralização de capital da Hemobrás, o manejo de resíduos sólidos, nem as decorrentes da adoção de corte de 50.000 habitantes para execução, pela área da saúde, de ações de saneamento básico em municípios. 2. Não cabe ao TCU fixar o conceito de "pequenas comunidades", para identificação das ações e serviços de saneamento a serem contabilizados no piso constitucional da saúde, mas apenas de verificar a razoabilidade do critério adotado. 3. As ações orçamentárias referentes a saneamento básico de domicílios e de pequenas comunidades somente poderão ser contabilizadas para fins de cumprimento do piso constitucional da saúde caso previamente aprovadas, expressa e individualmente, pelo Conselho de Saúde do ente da Federação financiador da ação, que deverá decidir

[25] As Academias de Saúde constituem programa governamental lançado em 2011 pelo Ministério da Saúde, com a finalidade de promover a saúde da população por meio de incentivo à prática de exercícios físicos, adoção de alimentação balanceada, além de possibilitar interação social e cultural dos cidadãos. BRASIL. Ministério da Saúde. Programa Academia da Saúde. Disponível em: <http://dab.saude.gov.br/portaldab/ape_academia_saude.php?conteudo=sobre_academia> Acesso em: 07 mar 2019.

> valendo-se de critérios consistentes de razoabilidade, a vista dos parâmetros estabelecidos pela LC 141/2012 para inclusão de despesas no piso; dos critérios legais de atuação do SUS na área de saneamento, em especial a excepcionalidade e a necessidade; e das circunstâncias do caso concreto." [26]

Relevante anotar ainda que o Supremo Tribunal Federal - STF, em decisão proferida em setembro de 2018, na Ação Civil Originária - ACO 1.224/PE, excluiu do conceito de "atenção integral" as despesas do Estado com o custeio de assistência hospitalar e ambulatorial de policiais e bombeiros militares e seus dependentes, sob a perspectiva de que tal despesa não está amparada pelo princípio do acesso universal à saúde, bem assim por negar o caráter tripartite da Seguridade Social.

> "(...)
> 7. Não são caracterizáveis como ações e serviços em saúde do SUS gastos da Secretaria de Defesa Social com assistência hospitalar e ambulatorial a policiais, bombeiros, militares e seus dependentes, e do Instituto de Recursos Humanos de Pernambuco com atendimento a seus beneficiários, por conta da seletividade dos destinatários. Do contrário, haveria ofensa aos princípios da universalidade das ações e prestações em saúde, tratamento equânime e acesso igualitário aos serviços públicos. Arts. 196, caput, da Constituição da República, e 7º, I e IV, da Lei 8.080/1990. Razões de decidir do RE-RG 581.488, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 03.12.2015."[27]

---

[26] TCU. Consulta. TC 046.061/2012-6. Relator: Ministro Augusto Sherman. Plenário, julgado em 18/01/2017, Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0031-01/17-P. Acesso em: 07 mar 2019.

[27] STF. AÇÃO CIVIL ORIGINÁRIA : ACO 1.224/PE. Relator: Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 04-10-2018 PUBLIC 05-10-2018. Disponivel em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2636420>. Acesso em: 07 mar 2019.

Uma última nota sobre o inciso II do artigo 3º da LC 141/12. Despesas para o cumprimento de decisões judiciais que, a pretexto de conferir efetividade aos princípios da universalidade e integralidade do serviço de saúde, impuserem ao Estado obrigações não previstas em políticas públicas já existentes, poderão ser computadas para adimplemento do percentual mínimo de 12 % para investimento na área de saúde. E se forem tais decisões judicias cumpridas mediante o sequestro de recursos de fontes vinculadas a outras políticas públicas, razoável e possível juridicamente o cômputo na base de cálculo de investimentos mínimos do Estado na área da saúde, excepcionalizando-se a vedação do artigo 4º, X, da LC 141/12.[28]

2.3. Capacitação do pessoal de saúde do Sistema Único de Saúde (inciso III do artigo 3º da LC 141/12)

Este dispositivo legal atribui maior grau de vinculação do gestor à sua implementação, na medida em que "*capacitação*" induz à ideia de treinamento do pessoal que trabalha (direta ou indiretamente) com o serviço de saúde. Duas observações se fazem importantes: a) capacitação, por decorrência lógica, compreende o custeio de cursos técnicos, de pós-graduação (mestrado, doutorado ou meras especializações), participação em congressos e seminários, além de treinamentos de equipes e profissionais; e b) "pessoal da saúde" não se restringe apenas a agentes públicos concursados do Estado; ao contrário, permite-se o cômputo da despesa com a "capacitação" de todos os

[28] Art. 4º Não constituirão despesas com ações e serviços públicos de saúde, para fins de apuração dos percentuais mínimos de que trata esta Lei Complementar, aquelas decorrentes de:
(...)
X - ações e serviços públicos de saúde custeados com recursos distintos dos especificados na base de cálculo definida nesta Lei Complementar ou vinculados a fundos específicos distintos daqueles da saúde.

agentes (servidor efetivo, cargos em comissão, empregados públicos, servidores temporários etc) que o Estado utiliza para atuação no Sistema Único de Saúde (SUS).

2.4. Desenvolvimento científico e tecnológico e controle de qualidade promovidos por instituições do SUS (inciso IV do artigo 3º da LC 141/12)

A regra traz conceitos técnicos com margem de interpretação ampla. "*Desenvolvimento científico e tecnológico*" e "*controle de qualidade*" são conceitos indeterminados que possibilitam aos gestores margem de livre apreciação e concretização em situações práticas, mas com certo grau de "vinculação técnica" para possibilitar a utilização de todas as despesas nesta área na base de cálculo para atingimento do percentual mínimo de 12 % da receita de impostos para investimentos na saúde pública.

Deste modo, estudo para desenvolvimento de medicamentos, vacinas, tratamentos experimentais, sistemas de gerenciamentos de hospitais e para controle de qualidade do serviço de saúde podem ser citados como exemplos para utilização, pelo Estado, para cumprir com sua missão constitucional e legal de investir o mínimo de 12% do seu orçamento de impostos em saúde pública.

O termo "controle de qualidade" deve ser compreendido de forma ampla; isto é, todo e qualquer gasto visando ao controle da qualidade dos serviços de saúde, inclusive em seus aspectos objetivo (qualidade de materiais, instalações e do serviço objetivamente considerado) e subjetivo (qualidade dos profissionais que atuam na área de saúde) devem ser computados para fins de atingimento do percentual mínimo a ser gasto em saúde.

Importante anotar que a liberdade de interpretação dos conceitos contidos no dispositivo legal em comento foi limitada pelo artigo 4º, inciso IX da LC 141/12, que veda a inclusão das despesas com "*obras de infraestrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou*

indiretamente a rede de saúde", no cômputo de gastos mínimos com saúde. Deste modo, as despesas com *obras de infraestruturas* não poderão ser objeto de interpretação extensiva e criativa pelos gestores, de modo a, partindo de uma noção de discricionariedade ou de colmatação de um conceito indeterminado, inclui-las no conceito de "desenvolvimento científico e tecnológico".

2.5. Produção, aquisição e distribuição de insumos específicos dos serviços de saúde do SUS, tais como: imunobiológicos, sangue e hemoderivados, medicamentos e equipamentos médico-odontológicos (inciso IV do artigo 3º da LC 141/12)

O comando normativo permite ao gestor público relativa liberdade para concretizar a sua implementação. Há vinculação estrita na utilização dos conceitos "*produção, aquisição e distribuição*", desde que relacionados com a saúde pública, vedando-se a utilização dos conceitos quando da implementação de programas de assistência social. Entretanto, há fluidez na noção de "*insumos específicos*", servindo de prova a própria exemplificação contida no texto da norma, o que permitirá margem de livre apreciação dos gestores nos casos concretos, a depender, logicamente, de motivação.

Isto permite concluir que o gestor público terá liberdade de implementação do conceito jurídico indeterminado "*insumos específicos*", tendo por parâmetro, nos casos concretos, a necessidade de produção (desenvolvimento de técnicas), aquisição (compra, permuta, etc.) e despesas com distribuição. Todos os valores despendidos pelo Estado, a partir do cumprimento do comando normativo em comento, poderão ser utilizados para atingir o percentual mínimo para aplicação em saúde pública.

Nada obstante, a implementação do conceito de "insumos específicos" por agentes públicos tem gerado discussões nas Cortes de Contas. Mencione-se, como exemplo, debate sobre a inclusão na base de cálculo do valor mínimo a ser investido em saúde pública das despesas

com órteses e próteses, cadeiras de roda e muletas, óculos, medicamentos, exames médicos, apoio financeiro para tratamentos de saúde fora do Município, dentre outros congêneres. Isto é, em sendo classificadas como "insumos específicos", são despesas referidas atenderiam à saúde pública ou à promoção de assistência social?

O Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco – TCE-PE, em Consulta formulada pela Prefeita do Município de Condado[29], reafirmou entendimento de sua jurisprudência[30], no sentido de que as despesas das referidas atividades devem ser computadas como despesas de saúde, em razão de sua natureza, independentemente do público-alvo ser pessoas carentes. Isto porque a seguridade social, na medida em que engloba a saúde, a previdência e a assistência social, adota como critério para aproveitamento da assistência à saúde o da universalidade e integralidade, enquanto para a assistência social o critério adotado é o da necessidade.

Assim, nas palavras do Conselheiro Relator, "a condição econômica da pessoa é parâmetro, única e exclusivamente, para a concessão de benefícios da Assistência Social, nunca de saúde"[31].

Em contraponto, o Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso - TCE-MT adota posicionamento divergente (ao que parece, mais consentâneo com a orientação do Supremo Tribunal Federal na ACO 1.224/PE, já mencionada), na medida em que considera imprescindível

---

[29] TCE-PE. Consulta. TC nº 1304831-4. Relator: Conselheiro Carlos Porto. Tribunal Pleno, julgado em 18/09/2013. Disponível em: < http://www2.tce.pe.gov.br/processosJoomla/processos/consulta_processo.asp?ITHcprc=13048314>. Acesso em: 08 mar 2019.

[30] TCE-PE. Consulta. TC nº 1105902-3. Relator: Conselheiro Dirceu Rodolfo de Melo Júnior. Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2011. Disponível em: < http://www2.tce.pe.gov.br/processosJoomla/processos/consulta_processo.asp?ITHcprc=11059023>. Acesso em: 08 mar 2019.

[31] TCE-PE. Consulta. TC nº 1105902-3. Relator: Conselheiro Dirceu Rodolfo de Melo Júnior. Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2011. Disponível em: < http://www2.tce.pe.gov.br/processosJoomla/processos/consulta_processo.asp?ITHcprc=11059023>. Acesso em: 08 mar 2019.

o caráter universal, igualitário e gratuito da ação ou serviço de uma despesa para sua contabilização no piso constitucional da saúde, de forma que se esta for direcionada a grupo específico, como pessoas carentes, deve ser considerada despesa com assistência social. Tal posicionamento derivou de Consulta formulada pela Prefeitura Municipal de Brasnorte a respeito da possibilidade de inclusão de gastos com despesas com órteses e próteses e outros itens referentes à área da saúde; medicamentos, pagamento de exames médicos, tratamento de saúde fora do domicílio, transporte de doentes; leites e dietas de prescrição especial e fraldas descartáveis para pessoas que têm necessidades de uso, conforme disciplinados pelo artigo 1º da Resolução CNAS 39/2010[32].

2.6. Saneamento básico de domicílios ou de pequenas comunidades, desde que seja aprovado pelo Conselho de Saúde do ente da Federação financiador da ação e esteja de acordo com as diretrizes das demais determinações previstas na Lei Complementar (inciso VI do artigo 3º da LC 141/12)

O artigo 4º, inciso V da LC 141/12 veda, como regra, a inclusão das despesas estatais com saneamento básico na base de cálculo dos investimentos mínimos em saúde pública. Por isso, o comando normativo do artigo 3º, VI da LC 141/12 não poderá ser interpretado de forma subjetiva; há vinculação para interpretar restritivamente o conteúdo do conceito "*saneamento básico de domicílio e de pequenas*

[32] TCE-MT. Consulta. TC nº 3.925-0/2011. Relator: Auditor Substituto de Conselheiro Luiz Henrique Lima. Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2011. Disponível em: <http://www.tce.mt.gov.br/protocolo/decisao/num/39250/ano/2011/num_decisao/34/ano_decisao/2011>. Acesso em: 08 mar 2019.

comunidades", observadas as condicionantes constantes do dispositivo legal (aprovação pelo Conselho Nacional de Saúde[33])

Entretanto, em se tratando de *domicílios e de pequenas comunidades*, computam-se todas as despesas realizadas para atingimento do conceito de *saneamento básico*, notadamente o estabelecido pelo artigo 2º, I-A, da Lei Federal nº 11.445/2007, com a redação conferida pela Medida Provisória n. 868/2018, para atingimento do percentual mínimo de saúde.[34]

É certo, porém, que os referidos Conselhos de Saúde estão vinculados ao conceito jurídico de *domicílio* para identificação dos gastos com saneamento, e terão maior liberdade de conformação para chegar ao conceito de "pequenas comunidades" para utilizar os investimentos com saneamento na base de cálculo dos gastos orçamentários mínimos de 12 % das receitas dos impostos com saúde pública.

---

[33] Cada ente público tem o seu Conselho de Saúde. A resolução nº 453, de 10 de maio de 2012, do Ministério da Saúde, aprovou diretrizes para instituição, reformulação, reestruturação e funcionamento dos conselhos de saúde.

[34] "Art. 2º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se: I-A - saneamento básico - conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de: a) abastecimento de água potável, constituído pelas atividades, pela disponibilização, pela manutenção, pela infraestrutura e pelas instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e os seus instrumentos de medição; b) esgotamento sanitário, constituído pelas atividades, pela disponibilização e pela manutenção de infraestrutura e das instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até a sua destinação final para a produção de água de reuso ou o seu lançamento final no meio ambiente; c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, constituídos pelas atividades, pela infraestrutura e pelas instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos domiciliares e dos resíduos de limpeza urbanas; e d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas, constituídos pelas atividades, pela infraestrutura e pelas instalações operacionais de drenagem de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas, contempladas a limpeza e a fiscalização preventiva das redes;"

2.7. Saneamento básico dos distritos sanitários especiais indígenas e de comunidades remanescentes de quilombos (inciso VII do artigo 3º da LC 141/12)

Os índios e os quilombolas são destinatários de tratamento especial na Constituição Federal de 1988[35] e constituem motivo de preocupação da comunidade jurídica e acadêmica brasileira. Como consequência, a Lei Complementar 141/12 atribui um comando normativo específico para as despesas públicas com saúde que visem a protegê-los, excepcionando a regra dos incisos V e VI do artigo 4º, que excluem da base de cálculo do percentual mínimo de gastos com saúde as despesas com saneamento básico.[36]

Conforme é de fácil percepção, o comando normativo comentado não apresenta margem de interpretação ampla por parte do gestor público. As despesas, para serem computadas no percentual mínimo de aplicação na saúde, devem estar diretamente relacionadas ao conceito (*de interpretação restrita e vinculada*) de atividade de saneamento básico dos distritos indígenas e dos quilombolas, não sendo possível o cômputo de despesas que apenas indiretamente se destinem à melhoria da referida atividade (como, por exemplo, o combate ao desmatamento próximo aos rios).

2.8. Manejo ambiental vinculado diretamente ao controle de vetores de doenças (inciso VIII do artigo 3º da LC 141/12)

O artigo 4º, inciso VII da LC 141/12 veda, como regra, a inclusão das despesas públicas com a preservação e correção do meio ambiente,

---

[35] A Constituição Federal dedicou o título VIII para tratar dos índios, mais especificamente nos artigos 231 a 232.

[36] Sobre a evolução da legislação na saúde, protetiva das comunidades indígenas e da população negra, remete-se o leitor aos estudos de Karyna Rocha Mendes (MENDES, Karyna Rocha. Curso de Direito da Saúde. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 200-236).

realizadas pelos órgãos de meio ambiente dos entes da Federação ou por entidades não governamentais, na base de cálculo dos investimentos mínimos em saúde pública.

Por isso, a aplicação dos investimentos previstos na norma em comento carece de interpretação vinculada pelos gestores públicos. Isto é, apenas serão considerados os gastos com o manejo ambiental diretamente utilizado para o controle de vetores de doenças. Não há liberdade de interpretação (interpretação extensiva) ou de conformação do conteúdo da norma, sobretudo do conceito de "manejo ambiental" em circunstâncias práticas. A regra é a não utilização de gastos com a proteção do meio ambiente na base de cálculo dos investimentos mínimos em saúde pública; a exceção é a utilização de recursos utilizados, de forma estritamente vinculada, ao manejo ambiental para combater vetores de doenças. Como exemplo, não serão consideradas ações de saúde projetos de revitalização dos rios com escopo ambiental; por outro lado, a drenagem de áreas para controle de dengue ou malária será considerada como despesa de saúde, ainda que indiretamente possa estar também afeta à proteção do meio ambiente.[37]

Nesse contexto, faz-se relevante anotar que não há dúvidas sobre a importância da preservação do meio ambiente e sua consequente repercussão na área da saúde pública[38], circunstância que poderá fazer

[37] AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE (ASPS). TESOURO NACIONAL. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/483733/CPU_Item_1_4_LC_141_MDF_STN_Texto_revisado%2B_apos_reuniao_da_CT_em_06_10_2015.pdf/dd1ff5d4-a602-4d27-861f-05cd005e14e5>. Acesso em: 07 mar. 2019.

[38] Importantes as observações de Karyna Rocha Mendes a respeito do tema, que podem contribuir para eventual revisão da legislação objeto deste estudo para permitir o cômputo das despesas com efetiva prevenção de poluição na base de cálculo dos investimentos mínimos dos Estados com saúde pública: *"Muito se tem discutido sobre o aquecimento global e muitas vezes a ótica economicista, ou seja, a que visa lucro é a única que impera entre os empresários.*

Assim sendo, é importe o estudo que mostra que combater as emissões de gases do efeito estufa faz bem não apenas à natureza, mas também à saúde das pessoas – estudo encomendado por duas entidades europeias da área da saúde – a Health Care

com que o legislador repense a vedação expressa contida na legislação comentada. Mencione-se, por exemplo, o efetivo ganho de saúde com as políticas públicas tendentes a evitar ou a diminuir todo o tipo de espécie de poluição. Todavia, por expressa previsão legal do artigo 4º, inciso VII da LC 141/12, as despesas com o referido programa não poderão ser incluídas na base de cálculo do percentual mínimo orçamentário de saúde a ser aplicado pelos Estados.

2.9. Investimento na rede física do SUS, incluindo a execução de obras de recuperação, reforma, ampliação e construção de estabelecimentos públicos de saúde (inciso IX do artigo 3º da LC 141/12)

O dispositivo legal não comporta maiores discussões interpretativas. Todo e qualquer investimento físico em obra pública, aí incluídos os conceitos abertos de reforma, construção e ampliação será considerado para o cômputo do percentual mínimo aplicável em saúde[39]. Entretanto, há vinculação do gestor aos conceitos "*rede física do SUS*" e "*execução de obra*", não lhe sendo possível qualquer ato criativo para ampliação discricionária. Exemplo a ser mencionado é a vedação expressa, no artigo 4º, inciso IX da LC 141/12, de inclusão das despesas

---

Without Harm, com sede em Bruxelas, e a Health and Environment Alliance – indica que aumentar o corte de emissões de gases de efeito estufa de 20 % para 30 % levaria a União Europeia (UE) a economizar dezenas de bilhões de dólares em gastos com saúde.

(...)

A Organização Mundial da Saúde, no segundo semestre de 2011, alertou que a poluição do ar mata ao menos dois milhões de pessoas por ano. Foram analisados dados de 1.100 cidades, de 91 países, com mais de 100 mil habitantes e, segundo especialistas, a contaminação do ar pode levar a problemas cardíacos e respiratórios" (MENDES, Karyna Rocha. Curso de Direito da Saúde. Op. cit., p. 291).

[39] O artigo 6º da Lei Federal n. 8.666/93 fornece o conceito de obra como "toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta"

com "*obras de infraestrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede de saúde*", no cômputo de gastos mínimos com saúde.

2.10. Remuneração do pessoal ativo da área de saúde em atividade nas ações de que trata este artigo, incluindo os encargos sociais (inciso X do artigo 3º da LC 141/12)

Não há liberdade de interpretação quanto à norma do artigo 3º, X da LC 141/12. A vinculação do gestor público é total, pois apenas os gastos com remuneração do **pessoal ativo** (cargos efetivos, comissionados, empregados públicos, temporários.etc) que estiverem atuando na efetiva área de saúde (*o inciso II do art. 4º subsequente expressamente veda o cômputo das despesas de pessoal ativo da área de saúde quando em atividade alheia à referida área*) poderão ser incluídos na base de cálculo do investimento mínimo em saúde pública pelos Estados.

Como regra, apenas serão computadas as despesas com o pessoal ativo civil. Todavia, as despesas de pessoal de agentes militares custeadas pelos Estados, inclusive os das Forças Armadas, eventualmente, regulares ou extraordinárias, que estiverem diretamente relacionadas à área de saúde (exemplo: combatendo epidemias ou emergências outras) poderão ser computadas para atingimento do percentual mínimo de saúde.

O conceito de "encargos sociais" tem gerado debates nos órgãos de controle externo. O Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – TCE-RJ tem considerado as despesas com contribuições previdenciárias do pessoal ativo em efetivo serviço de saúde no Estado do Rio de Janeiro como passíveis de contabilização no percentual mínimo a ser aplicado em saúde. De igual modo, o TCE-RJ tem considerado que também se inserem no concito de "encargos sociais" as despesas que compõem o "serviço da dívida", assim consideradas as "amortizações e juros pagos dentro do exercício e comparadas com as

receitas de impostos daquele mesmo exercício", excluindo-se as despesas "custeadas com receita proveniente de Operações de Crédito, que, se computada, será considerada em duplicidade no cálculo."[40]

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, na já mencionada decisão proferida na Ação Civil Originária - ACO 1.224/PE, julgada em 20/09/2018, manifestou-se de forma categórica e contrária ao entendimento do TCE-RJ ao concluir que os valores pagos pelo Estado para a previdência dos agentes públicos que atuam na área da saúde não podem ser computados no percentual mínimo de 12% do orçamento de impostos, eis que não atendem ao princípio do acesso universal, além de negar o caráter tripartite da Seguridade Social. Confira-se a parte do acórdão que interessa aos comentários deste dispositivo legal:

> "(...)
> 8. Despesas públicas do Poder Público com as contribuições previdenciária e complementar dos servidores que atuam na área de saúde não são computáveis como ações e serviços em saúde para efeitos do mínimo constitucional a ser aplicado na área. O custeio do Regime Próprio da Previdência Social não é atribuição do Sistema Único de Saúde. Acolhimento de argumento da defesa do Estado Réu implicaria em negação do caráter constitucional tripartite da Seguridade Social e, por eventualidade, da diferenciação entre Regimes Próprio e Geral. Arts. 40, 194, 195 e 201 da CFRB/88, 7º e 15 da Lei 8.080/1990.
> 9. Desde o advento do art. 4º, I e III, da LC 141/2012, é dever legal do Poder Público não caracterizar para fins orçamentários como ações e serviços em saúde os pagamentos de aposentadorias e pensões, inclusive dos

[40] Parecer Prévio nas contas de governo do Município de Queimados, exercício de 2017. Processo TCE nº 212.767-1/2018, Relator Conselheiro Substituto Christiano Lacerda Ghuerren. Acesso ao site www.tce.rj.gov.br em 16/03/2019.

> servidores da saúde, e os gastos com assistência à saúde que não atendem ao princípio do acesso universal."[41]

Reitere-se que despesas com pessoal ativo da área de saúde em atuação em áreas outras não poderão ser computados no cálculo do valor mínimo de investimento, tendo em vista o inciso II do art. 4º, da LC 141/12. A propósito, Auditoria de Regularidade realizada pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal – TC-DF, que teve como Relator o Conselheiro Manoel de Andrade, ao verificar as despesas em ASPS da Secretaria de Estado de Saúde - SES, concluiu que despesas com pessoal da Secretaria de Estado de Saúde em atividade alheia à área de saúde não são enquadráveis como ASPS para aplicação do limite mínimo em saúde.[42]

A vinculação do gestor resta ainda reforçada com a proibição do artigo 4º, I, da LC 141/12 da inclusão na base de cálculo do investimento mínimo com saúde das despesas com o pagamento de aposentadorias e pensões, inclusive dos servidores da saúde.

2.11. Ações de apoio administrativo realizadas pelas instituições públicas do SUS e imprescindíveis à execução das ações e serviços públicos de saúde (inciso XI do artigo 3º da LC 141/12)

O dispositivo legal traz conceitos jurídicos abertos, que podem ser objeto de livre apreciação pelos gestores à luz de situações concretas.

---

[41] STF. AÇÃO CIVIL ORIGINÁRIA: ACO 1.224/PE. Relator: Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 04-10-2018 PUBLIC 05-10-2018. Disponivel em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2636420>. Acesso em: 07 mar 2019.

[42] TCDF. Auditoria de Regularidade. Processo nº 874/2014. Relator: Manoel de Andrade. Voto, em 01/12/2016. Disponível em: <https://www.tc.df.gov.br/app/mesaVirtual/implementacao/?a=consultaETCDF&f=formPrincipal&nrproc=874&anoproc=2014>. Acesso em 08 mar. 2019.

"*Ações de apoio administrativo realizadas pelas instituições públicas do SUS*" permitem interpretação que englobe as despesas de todos os contratos de prestação de serviços de suporte administrativo às instituições públicas do SUS na base de cálculo do percentual mínimo de 12% a ser aplicado pelos Estados em saúde, desde que se comprove, direta ou indiretamente, servir de apoio administrativo às instituições do SUS. Não tivesse previsão em outro dispositivo legal permissivo, seria possível inserir o conceito de 'treinamento" nas ações de apoio administrativo. Isto é exemplo da amplitude do conceito a permitir atuação de conformação interpretativa motivada dos gestores, nas hipóteses concretas por ele vivenciadas.

De igual maneira, a análise da "imprescindibilidade" contida no dispositivo legal também representa a interpretação de um conceito jurídico indeterminado, que ficará a cargo do gestor público nos casos concretos e a partir de decisão tecnicamente motivada. Deste modo, possível incluir as despesas que estiverem em *zona de certeza positiva* de "imprescindibilidade" e as hipóteses que se enquadrarem em *zona cinzenta de certeza* e desde que não se tenha dados para se concluir pela "prescindibilidade".

2.12. Gestão do sistema público de saúde e operação de unidades prestadoras de serviços públicos de saúde (inciso XII do artigo 3º da LC 141/12)

Indeterminados, juridicamente, os conceitos de "*gestão do sistema público de saúde"* e *"operação de unidades prestadoras de serviços públicos de saúde"*

Possível ao gestor, no caso concreto, motivar tecnicamente a inclusão na base de cálculos dos gastos mínimos com saúde as despesas com a gestão de pessoal e de materiais no conceito indeterminado de "*gestão do sistema público de saúde"*.

Por igual, acredita-se na liberdade do agente público para livremente apreciar o conceito indeterminado *"operação de unidades*

prestadoras de serviços públicos de saúde" para nele incluir despesas com gastos para operação de hospitais públicos, de hospitais particulares conveniados, de hospitais públicos municipais ou federais conveniados ou mesmo de unidades de saúde administradas por entidades com ou sem fim lucrativo que atuam nas mais diversas formas de parcerias com o Estado, na base de cálculo do percentual mínimo de 12 % a ser investido na saúde.

Conclusão

Em arremate final das ideias expostas neste trabalho, destaca-se, em um primeiro momento, a relevância social do direito fundamental à saúde, representada na determinação constitucional e legal de os entes federados destinarem um percentual mínimo de suas receitas oriundas de impostos e outras rubricas tributárias para investimento em saúde pública. No caso dos Estados, é direito do cidadão ter o mínimo de 12 % das receitas orçamentárias dos impostos vertidos em saúde pública.

Para impedir a criatividade maléfica dos gestores públicos, a Lei Complementar nº 141/2012 estabeleceu nos artigos 3º e 4º as despesas públicas que podem e as que não podem ser incluídas na base de cálculo dos 12 % do orçamento dos Estados, para gastos com saúde pública. Para tanto, demonstrou-se que há no artigo 3º da LC nº 141/12 conceitos jurídicos vinculados, que não permitem qualquer margem de criação ao gestor, mas há, também, conceitos jurídicos abertos e indeterminados, passíveis de livre apreciação de agentes públicos à luz do caso concreto, fato relevante para o atingimento do percentual mínimo antes referido. Isto porque, conforme já se mencionou, o descumprimento da obrigação de investimento mínimo em saúde pode acarretar para o gestor não apenas as sanções da Lei de Improbidade Administrativa, mas também sanções jurídico-políticas, tais como a emissão de parecer prévio contrário às contas do Chefe do Poder Executivo, a cargo dos Tribunais de Contas, bem assim a reprovação das contas de governo pelo Poder Legislativo.

Referências

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Administrativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BINENBOJM. Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CAMPELLI, Magali Geovana Ramlow; CALVO, Maria Cristina M. O cumprimento da Emenda Constitucional nº 29 no Brasil**.** Cadernos de Saúde Pública, Jul 2007, Volume 23, Nº 7.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo**.** 27ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes (atualizado por José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. Direito Administrativo Brasileiro. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Karyna Rocha. Curso de Direito da Saúde. São Paulo: Saraiva, 2013.

FARIAS, Rodrigo Nóbrega. Direito à Saúde & Sua Judicialização. Curitiba: Juruá, 2018.

FRANCISCO DE SOUZA, Antônio. Os "Conceitos Legais Indeterminados" no Direito Administrativo Alemão**.** *In* Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, out/dez. 1986.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000.

SADDY, André. Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____. Discricionariedade e jurisdição nacional / supranacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SANTOS, Claudio Hamilton Matos dos. SCHETTINI, Bernardo Patta. VASCONCELLOS. AMBROSIO, Érica. A Dinâmica dos Gastos com

Saúde e Educação Públicas no Brasil – 2006 /2015 -: Impacto dos mínimos constitucionais e relação com a arrecadação tributária. Texto Para Discussão/Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada -IPEA. Nº 2289. Brasília: Rio de Janeiro: IPEA, SILVA, Denise Santos Vasconcelos. Direito à Saúde – Ativismo Judicial, Políticas Públicas e Reserva do Possível. Curitiba: Juruá, 2015.

SILVA. Ricardo Augusto Dias da**.** Direito Fundamental à Saúde – O Dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

VALLE, Vanice Regina Lírio. Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SUBJETIVIDADES PÚBLICAS NA ATUAÇÃO DOS CONSELHOS PROFISSIONAIS DA ÁREA MÉDICA: uma análise a partir de casos julgados pelos tribunais regionais federais

Rodrigo Garrido Dias
Mestrando em Direito Constitucional (UFF/RJ). Graduado em Direito pela Unisinos/RS. Pesquisador no Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). Advogado. E-mail: rodrigogarrido@id.uff.br

Sumário: Introdução; 1. As Diferentes Espécies de Subjetividades Públicas; 1.1. Liberdade de Conformação ou Configuração; 1.2. Discricionariedade em sentido técnico-jurídico; 1.3. Apreciatividade administrativa; 1.4. Margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados; 2. Atuação do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais de Medicina; 2.1 Natureza e Atribuições dos Conselhos; 2.2 Processo Disciplinar nos Conselhos Federal e Regionais;2.2.1 Disposições Gerais; 2.2.2 Sindicância; 2.2.3 Processo Ético-Profissional; 2.2.4 Recursos; 3. Identificação das subjetividades públicas na atuação do CFM e dos CRM's; 3.1 Atribuições normativas dos Conselhos; 3.2 Atribuições judicantes dos Conselhos; 3.2.1 TRF da 1a Região; 3.2.2 TRF da 3a Região; 3.2.3 TRF da 5a Região; Considerações finais; Referências

Introdução

O presente artigo buscou identificar as diferentes espécies de subjetividades públicas presentes na atuação dos Conselhos Profissionais da Área Médica. Para tanto, num primeiro momento, foi realizado levantamento e seleção das normas mais importantes que regem a atividade de fiscalização do Conselho Federal de Medicina (CFM) e dos Conselhos Regionais de Medicina (CRM's) para, em um segundo instante, buscar decisões judiciais que pudessem permitir de maneira

indireta o contato com a dinâmica do processo ético-profissional no âmbito dos Conselhos[1].

Primeiramente, foi realizada uma busca no sítio eletrônico do Conselho da Justiça Federal (www.cjf.jus.br) a partir da ferramenta "Jurisprudência Unificada" disponibilizada pela *homepage* desse Conselho. Como parâmetro de pesquisa, foram utilizadas duas expressões-chave associadas: "Processo Ético-Disciplinar" e "Conselho de Medicina". Como o filtro permite a pesquisa da expressão exata, tornou-se desnecessária a utilização de aspas. A busca foi feita em todos os Tribunais Regionais Federais (TRF's) e sem uma data de corte, sendo obtidos os seguintes resultados parciais: 81 (oitenta e um) acórdãos, sendo no TRF da 1ª Região, 40 (quarenta); no TRF da 2ª Região, 07 (sete); no TRF da 3ª Região, 27 (vinte e sete); no TRF da 4ª Região, 01 (um) e no TRF da 5ª Região, 06 (seis).

Os dados foram compilados para uma filtragem, em que se procedeu com a exclusão daqueles que não tratavam diretamente de uma controvérsia jurídica em torno da aplicação de penalidades em um processo ético-disciplinar, chegando ao seguinte resultado final: 47 (quarenta e sete) acórdãos, sendo 17 (dezessete) no TRF da 1ª Região; 02 (dois) no TRF da 2ª Região; 24 (vinte e quatro) no TRF da 3ª Região; 01 (um) no TRF da 4ª Região e 03 (três) no TRF da 5ª Região.

Fizemos uma nova filtragem para escolher casos onde ficasse mais destacado o exercício de uma das quatro subjetividades públicas trabalhadas pela doutrina e assim chegamos ao número total de 07 (sete) casos, separados por Tribunal Regional Federal[2].

No que concerne ao tratamento teórico das diferentes espécies de subjetividades, buscou-se apresentá-las isoladamente, para em seguida

---

[1] Os processos ético-profissionais tramitam sob sigilo buscando preservar a identidade dos médicos, logo, não foi possível ter acesso direto aos autos na esfera administrativa. A alternativa encontrada foi a análise de decisões judiciais a respeito de processos ético-profissionais.

[2] As decisões escolhidas para análise foram prolatadas pelos Tribunais Regionais Federais da Primeira, Terceira e Quinta Regiões.

realizar a identificação de cada uma delas nas diferentes normas que regem as atribuições das entidades autárquicas, sob análise.

Na etapa conclusiva do trabalho, foi efetivada a análise dos casos judiciais selecionados, buscando conferir destaque a subjetividade pública mais prevalente.

Destaca-se que a ideia não foi esgotar o tema e sim trazer uma reflexão a respeito da importância que as diferentes subjetividades públicas assumem no dia a dia da função administrativa, *in casu*, daquela exercida pela autarquia corporativa da área médica.

1. As Diferentes Espécies de Subjetividades Públicas

Tanto o cidadão comum quanto o agente no exercício da função pública, dispõe de um espaço de liberdade para atuar que lhes é conferido pelo Direito. Bernardo Diniz de Ayala, prefere a expressão autonomia ao invés de subjetividade pública:

> Das várias acepções que o termo autonomia pode revestir podemos eleger uma, sem prejuízo de ulteriores precisões: espaço de livre criação de efeitos jurídicos. A chave da noção encontra-se na expressão "livre criação"; com ela pretendo reiterar que está em causa uma zona do mundo jurídico não conformada por qualquer norma imperativa. Trata-se, em suma, de um espaço de liberdade[3].

Claro que a autonomia do privado é mais ampla que a do agente público, afinal, esse último atua, em regra, no exercício do poder. Nasce conformada essa autonomia pública pelo Direito e sempre dependerá de uma norma habilitadora. Bernardo Diniz de Ayala, destaca: *"Autonomia pública será, em suma, o espaço de livre criação de efeitos jurídicos que resulta de uma norma habilitadora e conformadora da titularidade e*

[3] AYALA, Bernardo Diniz de. O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão. Lisboa: Lex, 1995. p. 26.

exercício do respectivo poder"[4].

Considerando que todos os poderes do Estado se valem de alguma subjetividade pública, insta indagar se o espaço de livre atuação na esfera administrativa possui alguma diferença específica que o qualifique. Para Bernardo Diniz de Ayala: *"A autonomia pública administrativa constitui uma reserva de apreciação e decisão do poder administrativo, ou noutra terminologia, consubstancia uma reserva de administração"*[5].

A Administração Pública atuará, por conseguinte, dentro desse espaço reservado a ela a partir de prerrogativas indispensáveis ao cumprimento de suas funções e sempre com uma certa margem de subjetividade. Sobre esse ponto, leciona André Saddy:

> Cada uma dessas atribuições, também chamadas poderes, faculdades ou prerrogativas, possui uma margem para a sua aplicação: a subjetividade ou autonomia pública oriunda de toda e qualquer forma de atuação. Isso significa que a Administração, quando manifesta a sua vontade, seja por meio de atos, coação ou atividade técnica ou material, seja outorgada de maneira explícita ou implícita, está se utilizando de uma margem que se **caracteriza pela subjetividade ou autonomia pública atribuída de cinco formas: vinculada, conformadora, discricional, apreciativa ou por meio de conceitos jurídicos indeterminados**[6]. (nosso grifo)

A partir desse ponto, abordaremos cada uma das 04 (quatro) formas de subjetividade ou autonomia pública[7].

---

[4] Ibidem, p. 27.

[5] AYALA, Bernardo Diniz de. O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão. Lisboa: Lex, 1995. p. 29.

[6] SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 42.

[7] A doutrina clássica brasileira trata a autonomia ou subjetividade pública como uma margem de liberdade diante do caso concreto, denominando-a, genericamente, como

1.1. Liberdade de Conformação ou Configuração

Nada mais livre em matéria de escolha, no campo jurídico, do que a atuação do legislador constituinte originário. Ele é responsável pela construção dos alicerces de uma nova ordem jurídica, sem estar vinculado a ordem vigente[8]. Essa é uma boa imagem para exemplificar a subjetividade pública, ora em análise, muitas vezes denominada liberdade legislativa ou discricionariedade legislativa.

Muito se debate a respeito da liberdade do legislador[9] em relação à concretização de direitos fundamentais não obstante se considerar essa margem de autonomia fortíssima. Ainda que esteja arraigada numa profunda dimensão política não podemos admitir – no Estado de Direito – o exercício arbitrário de uma subjetividade. Se a Constituição é um limite objetivo à atividade do legislador avulta em importância o Controle de Constitucionalidade como forma de estabelecer parâmetros para o exercício dessa liberdade.

Na esfera administrativa temos também o exercício dessa subjetividade, claro que com menor grau de amplitude ou liberdade política do que o legislador.

Estamos falando, por exemplo, da criação de políticas públicas. Quando o governo dá o primeiro passo para colocar em prática o seu plano vencedor nas urnas ele em verdade está exercitando uma liberdade

---

discricionariedade ou poder discricionário. Sobre o tema: DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito Administrativo. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 292. .

[8] Tema bastante discutido é o da limitação do Poder Constituinte Originário pelos Tratados de Direitos Humanos. Para saber mais: DE SÁ, Ana Paula Barbosa. O Poder Constituinte Originário e sua

limitação material pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Revista da Faculdade de DIreito da UERJ. Rio de Janeiro, n. 18, 2010. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1351 Acesso em: 10 dez. 2018.

[9] Sobre o tema: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. De la arbitrariedad del legislador: una crítica de la jurisprudencia constitucional. Madrid: Civitas, 1998.

de conformação ou configuração. Qual a abrangência e finalidade da política pública? Depois de constituída, quais os critérios para dela se beneficiar? Enfim, toda a criação e estruturação da política pública vai decorrer dessa margem de autonomia ou subjetividade pública.

Igualmente ela aparece quando necessita o Poder Executivo elaborar normas. André Saddy, conceituando essa espécie de autonomia, leciona:

> [...] a margem de liberdade de quem cria direitos e obrigações ou que os elucida, por meios de atos legislativos, normativo-regulamentares, editalícios, contratuais, jurisdicionais e até mesmo por tomadas de decisões administrativas que tenham o condão de se transformar em normas jurídicas, além da criação, formulação e do desenho de políticas públicas decorrentes de legitmidade democrática para escolher os meios que reputar adequados e avaliar se, em seguida, diferentes situações justificam a criação de um direito e uma obrigação ou de uma política pública[10].

Não fica restrito o exercício dessa subjetividade, portanto, aos decretos regulamentares e instruções normativas.

1.2. Discricionariedade em sentido técnico-jurídico

A Discricionariedade é ainda muito confundida com o gênero subjetividade pública. É tratada como sinônimo, quando, em realidade, ela é uma espécie. Sua diferença específica é a forma de concessão por meio de normas jurídicas. Uma verdadeira concessão em abstrato. Quando frente a uma situação concreta, teremos a discricionariedade efetiva[11].

---

[10] SADDY, André. Discricionariedade e Jurisdição Constitucional/Supranacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 132.

[11] Não se deve confundir a discricionariedade efetiva e abstrata (ou potencial) com a discricionariedade de atuação e de escolha. Na discricionariedade de atuação o

Há muita divergência no que tange à sua definição. Apoiamo-nos em André Saddy que estabelece um ponto de partida seguro para entendimento do tema:

> [...] a discricionariedade administrativa é a margem relativa de liberdade/autonomia/volição conferida pela norma jurídica à Administração Pública para a adoção ou não, entre as estipulações oferecidas alternativa e/ou disjuntivamente, aquela que melhor atende aos interesses públicos[12].

A própria definição nos dá um norte para entender a razão pela qual a norma confere essa margem de liberdade para atuação do agente público, qual seja, o dever objetivo de atender os interesses públicos.

Para realizar esse desiderato necessita a Administração Pública de dinamismo. Não pode ela agir de forma mecânica. Não podem estar seus agentes tolhidos em sua necessária criatividade.

Outro ponto é a incapacidade do legislador de prever todas as possíveis situações futuras. Existe um grau de indeterminação inerente à atividade legislativa que impossibilita que ela abarque todos os casos.

Por fim, importa saber a localização da discricionariedade na estrutura logica da norma. O primeiro passo, para tanto, é recordar a distinção entre texto (enunciado) normativo e norma. De forma singela, pode-se afirmar que os textos (enunciados) são os signos escritos trazidos pelos diferentes diplomas legais enquanto a norma é o resultado da interpretação dos enunciados. Sobre o tema, Adrian Sgarbi:

---

legislador possibilita ao agente atuar ou não. Na discricionariedade de escolha (o agente que já atuou) irá escolher entre as consequências ou alternativas colocadas pelo legislador.

[12] SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 133.

> Texto normativo (ou disposição legal) são expressões linguísticas produzidas por agentes com competência para tanto. Assim, um texto normativo é o resultado do ato de uma autoridade normativa. […]
> Norma é o sentido obtido após ter-se interpretado um ou mais textos normativos[13].

Inicialmente, encarava-se a norma sob um ponto de vista dúplice em sua estrutura: hipótese e consequência jurídica. A ciência jurídica atualmente passou a incluir um elemento de união denominado, operador deôntico. Temos hoje então a seguinte estrutura: hipótese, operador deôntico[14] e consequência jurídica (preceptiva)[15].

A partir dessa estrutura a doutrina afirma que – regra geral – a discricionariedade poderá localizar-se no operador deôntico e ou na consequência jurídica. Diferente no caso de normas de competência e permissivas. Sobre esse ponto, esclarece André Saddy:

> Nas normas de competência, ter-se-á discricionariedade na preceptiva, já que, sobre qualquer domínio que se possa conceber, ter-se-á habilitação para dispor de forma autônoma. Agora, nas normas de conduta, ter-se-á discricionariedade no operador deôntico, quando se trate de normas permissivas, ainda quando a preceptiva não compreenda mais de um efeito e, na preceptiva, quando se estiver diante de normas de obrigação (imposição ou proibição) em que se necessite mais de uma alternativa e em disjunção[16].

---

[13] SGARBI, Adrian. Introdução à Teoria do Direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 58.

[14] Ele confere a norma o caráter de dever ser (impositivo, permissivo ou proibitivo).

[15] SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 208.

[16] SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 375..

Conclui-se, assim, a abordagem da discricionariedade em sentido técnico-jurídico como uma das espécies de subjetividade pública. Passamos agora para a apreciatividade administrativa.

1.3. Apreciatividade administrativa

A identificação da atividade apreciativa da Administração Pública decorre da contribuição doutrinária de André Saddy. Ele assim a define:

> [...] margem de liberdade que se projeta sobre fatos e critérios interpretativos, variando a intensidade de acordo com o âmbito que se exercite – existente em toda tomada de decisão na qual o agente público utiliza uma operação de discernimento ou ajuizmaento para aplicar a norma –, usando-se de critérios e subcritérios, ponderando interesses e fatores em conflito e atribuindo pesos relativos às opções que tenha decorrentes das indeterminações do DIreito, como o conteúdo do Direito, os defeitos do sistema jurídico e, principalmente, do exercício funcional, referindo-se, comumente, a ações não deônticas, sem prévio procedimento administrativo e não tendo, necessariamente, um ato administrativo formal ao final de seu exercício, mas atendendo, mormente, aos interesses públicos, mesmo que tenha de se afastar ou desviar da realização dos efeitos jurídicos fixados na norma – ou seja, da letra estrita da lei – para atingir a finalidade e o propósito da norma jurídica por razões comprovadas de especial relevância.[17].

Trata-se de um fenômeno de cunho prático que ganha contornos jurídicos a partir do esforço doutrinário em conformá-lo. É um espaço de liberdade que não se quer ilimitado – pelo contrário – e que por isso necessita de uma roupagem jurídica.

---

[17] SADDY, André. Discricionariedade e Jurisdição Constitucional/Supranacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 133.

Essa nova subjetividade pública é muito comum na atuação dos servidores da linha de frente[18], ou seja, daqueles que estão em contato direto com a população e que em muitos casos terão de resolver problemas concretos para os quais inexiste uma norma clara estabelecendo como agir.

Costuma-se elencar nessa situação os médicos plantonistas, os policiais militares com atuação ostensiva, os bombeiros, os professores, dentre outros.

1.4. Margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados

O direito carrega em si um alto nível de indeterminação da linguagem e muitas das vezes traz em seus enunciados conceitos jurídicos com essa característica de indeterminação. Basta lembrarmos de expressões como "caso fortuito", "justo motivo", "interesse público" que sem dúvida causam dificuldades aos intérpretes e, em especial, aos agentes no exercício da função administrativa.

Não obstante a característica indeterminação, isso não significa que se abra mão de buscar na aplicação a solução justa ou pretendida pelo Direito. Sobre o tema, Eduardo García de Enterria e Tomás-Ramón Fernández:

> [...] es decir, el esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una unidad de solución justa en cada caso, la cual se llega mediante una actividad de congnición, objetiva por lo tanto, y no de volición[19]

[18] Sobre o tema: LIPSKY, Michael. Street-Level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Service. New York: Russel Sage Foundation, 2010.

[19] ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo I. Madrid: Civitas, 2000. p. 457.

A realização do interesse público deve nortear a atuação do agente público na interpretação do conceito jurídico indeterminado. Estar voltado a interpretar de maneira a possibilitar a melhor solução arquitetada pelo direito para o caso.

2. Atuação do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais de Medicina

2.1 Natureza e Atribuições dos Conselhos

O Conselho Federal de Medicina (CFM) e os Conselhos Regionais de Medicina (CRM's) são pessoas jurídicas de direito público com natureza autárquica[20] tendo, por finalidade precípua, a fiscalização do exercício profissional da medicina[21].

As atribuições do CFM são as seguintes:

> Lei nº. 3.268/1957
> Art. 5º São atribuições do Conselho Federal:
> a) organizar o seu regimento interno;
> b) aprovar os regimentos internos organizados pelos Conselhos Regionais;
> c) eleger o presidente e o secretário geral do Conselho;
> d) votar e alterar o Código de Deontologia Médica, ouvidos os Conselhos Regionais;
> e) promover quaisquer diligências ou verificações, relativas ao funcionamento dos Conselhos de Medicina, nos Estados ou Territórios e Distrito Federal, e adotar, quando necessárias, providências convenientes a bem da sua eficiência e regularidade, inclusive a designação de diretoria provisória;

[20] Definição trazida pelo artigo 1° da Lei n. 3.268/1957.

[21] A atividade dos Conselhos Médicos é exercida com base na competência da União para fiscalizar o exercício das profissões (art. 21, inciso XXIV da Constituição Federal).

> f) propor ao Govêrno Federal a emenda ou alteração do Regulamento desta lei;
> g) expedir as instruções necessárias ao bom funcionamento dos Conselhos Regionais;
> h) tomar conhecimento de quaisquer dúvidas suscitadas pelos Conselhos Regionais e dirimílas;
> i) em grau de recurso por provocação dos Conselhos Regionais, ou de qualquer interessado, deliberar sôbre admissão de membros aos Conselhos Regionais e sôbre penalidades impostas aos mesmos pelos referidos Conselhos.
> j) fixar e alterar o valor da anuidade única, cobrada aos inscritos nos Conselhos Regionais de Medicina; e
> l) normatizar a concessão de diárias, jetons e auxílio de representação, fixando o valor máximo para todos os Conselhos Regionais[22].

Constata-se a presença de atividades típicas de gestão, como a das alíneas "c" e "j". Dizem elas respeito ao funcionamento do próprio Conselho. Por outro lado, avultam competências normativas[23] – alíneas "a", "b", "d", "f", "g" e "l" – que vão desde a criação de regras de conduta displinadoras da ética-profissional, passando pelo processo sancionador até a normatização de diárias, jetons e auxílios de representação para todos os Conselhos Regionais. Possui ainda a missão judicante, destacada na alínea "i", onde delibera, enquanto instância administrativa recursal, a respeito das penalidades impostas pelos CRM's.

Já os CRM's têm as seguintes atribuições:

> Lei nº. 3.268/1957
> Art . 15. São atribuições dos Conselhos Regionais:
> a) deliberar sôbre a inscriçao e cancelamento no quadro do

[22] BRASIL. Lei n. 3.268, de 30 de Setembro de 1957. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm Acesso em: 10 dez. 2018.

[23] Esse elenco de competências normativas será melhor explorado no tópico sobre identificação das diferentes espécies de subjetividades públicas.

> Conselho;
> b) manter um registro dos médicos, legalmente habilitados, com exercício na respectiva Região;
> c) fiscalizar o exercício da profissão de médico;
> d) conhecer, apreciar e decidir os assuntos atinentes à ética profissional, impondo as penalidades que couberem;
> e) elaborar a proposta do seu regimento interno, submetendo-a à aprovação do Conselho Federel;
> f) expedir carteira profissional;
> g) velar pela conservação da honra e da independência do Conselho, livre exercício legal dos direitos dos médicos;
> h) promover, por todos os meios e o seu alcance, o perfeito desempenho técnico e moral da medicina e o prestígio e bom conceito da medicina, da profissão e dos que a exerçam;
> i) publicar relatórios anuais de seus trabalhos e a relação dos profissionais registrados;
> j) exercer os atos de jurisdição que por lei lhes sejam cometidos;
> l) representar ao Conselho Federal de Medicina sôbre providências necessárias para a regularidade dos serviços e da fiscalização do exercício da profissão[24].

Constata-se a preponderância de atribuições de gestão nos CRM's. Basta ver as alíneas "a", "b", "c", "f", "g", "h", "i" e "l". Além de possibilitar o funcionamento dos Conselhos elas estão voltadas à fiscalização do regular exercício profissional da medicina. Temos ainda a função normativa, alínea "e", sobre a elaboração do seu regimento interno e, por fim, a destacada função judicante "d", onde são apuradas e aplicadas sanções disciplinares em processos ético-profissionais.

Por fim, destaca-se na atuação dos Conselhos Regionais a fiscalização das condições de funcionamento das unidades de saúde em todo o País[25] (alínea "h"), atuando de forma integrada com o serviço de

[24] Ibidem.

[25] Veja: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27069:2017-07-24-20-06-50&catid=3 Acesso em: 10 dez. 2018.

vigilância sanitária, autarquias e demais órgãos de fiscalização e controle.

2.2 Processo Disciplinar nos Conselhos Federal e Regionais

Como a tarefa precípua dos Conselhos é a fiscalização do exercício profissional da Medicina é natural que o processo ético-disciplinar tenha toda uma centralidade, afinal, ele é o principal instrumento que possibilita aos Conselhos o desempenho desse mister.

Não é diferente a atenção conferida pelo próprio Direito administrativo ao tema. A perspectiva procedimental ganha cada vez mais destaque. José Manuel Sérvulo Correia, disserta a respeito:

> Pode afirmar-se sem hesitar que **o procedimento administrativo constitui hoje um instituto jurídico que merece ser considerado como eixo fulcral do direito administrativo** na medida em que interage com praticamente todos os outros elementos estruturais desse ramo do direito. É, pois, central, o papel que desempenha na moderna dogmática do direito administrativo. Ele é, por outras palavras, a forma do exercício da função administrativa[25]. (nosso grifo)

Esse olhar procedimentalista, serve tanto para direcionar a atividade ordinária da Administração Pública, tornando-a mais racional e preordenada, quanto para limitar a atuação da autoridade nos casos de aplicação de medidas sancionatórias. Sobre a limitação na tomada de decisão, destaca Alice Voronoff:

> Como garantia e instrumento de controle, **o procedimento serve de referência e ao mesmo tempo limite à tomada de decisão pela autoridade pública. Por meio dele,**

[25] CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os Grandes Traços do Direito Administrativo no Século XXI. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 45-65, jan./mar. 2003 p. 55.

> **podem ser fixadas balizas que (auto) vinculem a Administração Pública e a orientem na aplicação mais isonômica das sanções**, tais como o esclarecimento de conceitos, critérios e metodologia de cálculo de multas. O procedimento, pois, pode delimitar o espaço de discricionariedade do administrador sem esvaziá-lo, já que tão necessário à consideração dos dados concretos e a um olhar responsivo. A ideia é a de uma flexibilidade orientada e sujeita a controles jurídicos, que promova maior segurança jurídica para o administrado e favoreça a proteção de seus direitos[27]. (nosso grifo)

Passa-se a análise da Resolução CFM n. 2.145/2016 que institui o Código de Processo Ético-Disciplinar.

2.2.1 Disposições Gerais

De início, chama a atenção o caráter sigiloso imposto ao Processo Ético-Disciplinar:

> Art. 1º A sindicância e o processo ético-profissional (PEP) nos Conselhos Regionais de Medicina (CRM) e no Conselho Federal de Medicina (CFM) serão regidos por este Código de Processo Ético-Profissional (CPEP) e **tramitarão em sigilo processual**.
> Parágrafo único. As sanções confidenciais, previstas no art. 22, letras "a" e "b" da Lei nº 3.268/1957 não poderão ser tornadas públicas, mesmo após a conclusão definitiva do PEP[28]. (nosso grifo)

---

[27] VORONOFF, Alice. Direito Administrativo Sancionador no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 287.

[28] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n. 2.145/2016. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2016/2145_2016.pdf Acesso em: 10. dez. 2018.

Como vimos, os Conselhos de Medicina (CFM e CRM's) são pessoas jurídicas de direito público. Seus agentes atuam, portanto, dentro de um espaço de liberdade onde são exercidas subjetividades públicas.

A competência para apreciar e julgar infrações, em regra, é do Conselho Regional onde o médico está inscrito à época do fato ou fatos passíveis de punição disciplinar. Não obstante isso, faz-se possível o desaforamento com a remessa dos autos ao Conselho Federal de Medicina[29].

O processo terá a forma de autos judiciais e as sindicâncias serão julgadas em Câmaras Específicas[30].

2.2.2 Sindicância

Segundo o artigo 12 da Resolução CFM n. 2.145/2016, a sindicância será instaurada de ofício pelo Conselho Regional de Medicina (CRM) ou a partir de uma denúncia. Ela pode tramitar no Conselho do local da ocorrência do fato por até 180 dias e ao final decidir: a) pelo arquivamento[31], em caso de não evidência de infração ética; b) pela proposta de conciliação ou termo de ajuste de conduta; c) pela instauração de Processo Ético-Disciplinar (PEP), caso exista evidência da ocorrência de infração ética e d) pela instauração de procedimento administrativo para apurar doença incapacitante, nos termos de resolução específica[32].

Considera-se positiva a previsão de conciliação ou termo de ajuste. Tal possibilidade dialoga com as transformações do Direito administrativo. A respeito, Patrícia Baptista:

---

[29] Artigos 2° e 3° da Resolução CFM n. 2.145/2016.

[30] Artigo 4° da Resolução CFM n. 2.145/2016.

[31] Cabe recurso administrativo à Câmara de Sindicância do CFM, no prazo de 30 dias, da decisão do CRM que arquivar a sindicância (artigo 94, I, da Resolução CFM n. 2.145/2016).

[32] Artigo 17 da Resolução CFM n. 2.145/2016.

> A dogmática inicial do direito administrativo rejeitava o exercício de qualquer atividade de natureza consensual pela Administração Pública. Cabia, então, a esta apenas a função de executar objetivamente a vontade geral fixada na lei. E tal vontade não poderia ser objeto de negociação ou ajuste, sob pena de desnaturalização de sua objetividade e ruptura do papel da lei. Desse modo, a Administração unilateral, instrumentalizada por atos, era a única admitida, reusando-se a possibilidade de serem celebradas quaisquer espécies de acordo entre a Administração e os cidadãos[33].

Sobre o mesmo tema, Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

> O Direito Administrativo brasileiro, ultrapassando rapidamente as objeções que durante tanto tempo impediam o desenvolvimento das formas alternativas de composição de conflitos, avançou celeremente nessa linha, como o demonstra fartamente a série de legislação produzida na linha do Direito Regulatório a partir de meados da década de noventa[34].

Ultrapassada a sindicância, temos o processo ético-profissional (PEP), tratado a seguir.

2.2.3 Processo Ético-Profissional

Em caso de processo ético-profissional, o médico será citado para apresentar defesa no prazo de 30 dias. Nela o profissional deverá trazer a sua versão a respeito dos fatos, impugnando fundamentadamente o que a ele for atribuído, podendo indicar provas e arrolar testemunhas.

---

[33] BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 262.

[34] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas mutações juspolíticas: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 189.

Após a apresentação da defesa, será designada audiência de instrução onde deve ser ouvido o autor da denúncia, as testemunhas das partes e, ao final, o próprio médico.

Ultrapassada a instrução, designar-se-á o julgamento quando os conselheiros, relator e revisor, apresentarão uma síntese da demanda.

Na sessão de julgamento poderão as partes (e/ou seus advogados), fazer sustentação oral.

Findada esta etapa, poderão os conselheiros prolatar seus votos, analisando a existência da infração, a culpabilidade e realizando, se for o caso, a dosimetria na aplicação da penalidade.

As penalidades, previstas no artigo 22 da Lei n. 3.268/1957, são as seguintes: a) advertência confidencial em aviso reservado; b) censura confidencial em aviso reservado; c) censura pública em publicação oficial; d) suspensão do exercício profissional até 30 (trinta) dias; e e) cassação do exercício profissional, mediante ratificação do Conselho Federal.

A imposição dessas penalidades deverá seguir a gradação preconizada no artigo 22, salvo se, em circunstâncias excepcionais, exigir-se a aplicação imediata de uma penalidade mais grave[35].

2.2.4 Recursos

A Resolução, ora em análise, traz em seu artigo 94 e seguintes a disciplina dos recursos. Prevê 02 (dois), a saber: o recurso administrativo e a reclamação. O recurso poderá ser interposto no prazo de 30 (trinta) dias e tem cabimento nas hipóteses elencadas na Resolução. Dependendo do caso, é dirigido ao pleno do CFM, ao pleno do CRM, à câmara do CFM ou mesmo à câmara de sindicância do Conselho Federal. Já a reclamação, igualmente no prazo de 30 (trinta) dias, terá cabimento em face das decisões que negarem seguimento a recurso intempestivo ou reconhecer a prescrição e será dirigida a uma das câmaras do CFM.

[35] Os tipos previstos no Código de Ética Médica, Resolução CFM n. 1.931/2009, não trazem explicitadas as respectivas sanções. Essas estão apenas na Lei n. 3.268/1957.

Uma consideração importante na disciplina dos recursos é que de acordo com o §2° do art. 94 da Resolução CFM n. 2.145/2016 eles sempre terão efeito suspensivo e devolutivo.

3. Identificação das subjetividades públicas na atuação do CFM e dos CRM's.

O objetivo principal do presente artigo é a identificação das espécies de subjetividades públicas presentes na atuação do CFM e dos CRM's. Faz-se fundamental, portanto, salientar que as diferentes técnicas de limitação das subjetividades não serão abordadas neste estudo[36].

Para fazer o trabalho, seguiremos uma metodologia de identificação da subjetividade de acordo com as atribuições dos Conselhos, previstas na Lei n. 3.268/1957 e dividindo as mesmas em normativas[37] e judicantes[38].

Importa esclarecer ainda que sempre será destacada a subjetividade pública que prepondera em relação as demais. Ao identificar a subjetividade, por conseguinte, não se está a afirmar que inexistem outras espécies ali presentes.

---

[36] Sobre o tema dos limites às subjetividades públicas, recomenda-se a obra denominada "Limites à Tomada de Decisão e Controle Judicial da Administração Pública", de autoria do Prof. Dr. André Saddy, publicada pela Editora Lumen Juris.

[37] Na abordagem das atribuições normativas serão mencionadas situações típicas de gestão, ainda que em abstrato, por isso, optou-se por não tratar específicamente das atribuições de gestão como tópico isolado.

[38] Consoante já salientado, a análise da atribuição judicante será feita de modo indireto, ou seja, a partir de decisões dos Tribunais Regionais Federais, em razão do sigilo imposto ao processo ético-disciplinar. Salienta-se que a subjtividade a ser identificada é a do Conselho Profissional (Federal ou Regionais de Medicina) e não dos agentes dos Tribunais Federais referidos.

OBS: se a ideia é analisar apenas o aspecto normativo e judicante, e sem problema quanto a isso, porque o item 2? Achei o item solto, sem funcionalidade.

3.1 Atribuições normativas dos Conselhos

Como já visto, os Conselhos, sobretudo o Federal, possuem atribuições normativas explícitas nos artigos 5° (CFM) e 15 (CRM's) da Lei n. 3.268/1957.

Começamos pelo Regimento Interno.

Tanto o Conselho Federal (artigo 5°, alínea, "a") quanto os Conselhos Regionais (art. 15, alínea, "e"), possuem a atribuição de elaborar os seus regimentos internos. A diferença é que cada Conselho Regional deve submeter o seu regimento à aprovação do Conselho Federal (art. 15, alínea, "e").

No caso do Conselho Federal, o regimento interno que rege as suas atribuições é a Resolução n. 1.998/2012, dispondo sobre sua natureza e fins (Título I); organização (Título II) e atribuições (Título III).

Enquanto norma de autorganização, ele é produto, sem dúvida, do exercício da liberdade de conformação ou configuração. Claro que muitas das suas disposições ensejam, na prática, o exercício de outras subjetividades públicas, como, por exemplo, no caso do artigo 42, que diz o seguinte: "Os pedidos de licenças dos conselheiros do CFM deverão ser encaminhados devidamente fundamentados, por escrito, e deferidos pelo pleno, para um período de até 90 dias, que pode ser renovado[39]**."** Essa renovação, de que trata a parte final do artigo, configura caso de discricionariedade em sentido técnico-jurídico, afinal, no caso concreto, poderão os integrantes do pleno do CFM renovar ou não a licença. E para tanto, atuarão com base na discricionariedade.

[39] Típica atividade de gestão prevista, em abstrato, nas disposições do Regimento.

Noutra passagem ele prevê o exercício, em situações concretas, da espécie de subjetividade pública denominada margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados. Falamos do artigo 9°, II, do Regimento que dispõe a respeito da obrigatória consulta ao Conselho Pleno Nacional do CFM "nos casos em que houver necessidade de intervenção nos CRM's". A expressão – necessidade – referida no inciso é um conceito jurídico indeterminado, afinal, quando será necessária ou não a intervenção em um Conselho Regional. Dependerá de uma margem de livre apreciação desse conceito.

O regimento interno do Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro (CREMERJ)[40], Resolução CREMERJ n. 274/2015, além de ser resultado do exercício da liberdade de conformação ou configuração em sua elaboração, prevê situações de exercício de discricionariedade em sentido técnico-jurídico. Nesse sentido, destaca-se o disposto no artigo 55:

> **Art. 55.** Os empregados do CREMERJ são regidos pela legislação trabalhista, com a aplicação subsidiária das normas internas do CREMERJ, **podendo ser recrutados ou vinculados através dos seguintes processos**:
> **I –** concurso público;
> **II –** concurso público simplificado;
> **III –** contratação por meio de empresa interposta;
> **IV –** cargo em comissão.
> **Parágrafo Único –** O percentual máximo de cargos em comissão será de 80% (oitenta por cento), considerado o total de cargos comissionados, sendo os demais 20 (vinte por cento) de cargos comissionados destinados aos empregados do CREMERJ[41]. (nosso grifo)

[40] Optou-se pela análise do Regimento do CREMERJ como uma amostra dos 26 (vinte e seis) regimentos dos demais Conselhos Regionais. A escolha se deve, tão somente, ao fato do autor do presente artigo residir no Estado do Rio de Janeiro. Não existe, portanto, qualquer proeminência do CREMERJ em relação aos demais Conselhos que indique essa escolha.

[41] CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Resolução CREMERJ n. 274 de 13 de janeiro de 2015. Disponível em:

Clara hipótese de previsão de discricionariedade na forma de recrutamento dos empregados do CREMERJ. A utilização das modalidades concurso público, concurso público simplificado, contratação por meio de empresa interposta ou cargo em comissão decorre de uma escolha por parte do gestor responsável a partir das opções conferidas pela regra do regimento.

O Código de Deontologia Médica ou Código de Ética é a Resolução CFM n. 1.931/09. Igualmente reflete o exercício de liberdade de conformação ou configuração pelos integrantes do Conselho Federal na sua elaboração. São nada mais, nada menos que 118 (cento e dezoito) tipos sancionadores que disciplinam a atuação ético-profissional dos médicos[42].

3.2 Atribuições judicantes dos Conselhos

Como já visto, os Conselhos apreciam e julgam infrações ético-disciplinares, com proeminência do Conselho Regional onde o médico esteja inscrito à época do fato ou fatos passíveis de punição.

Dado o sigilo imposto aos processos éticos-disciplinares, buscamos acórdãos dos Tribunais Regionais Federais para, de forma indireta, analisar o exercício de subjetividades públicas pelos agentes dos Conselhos.

Segue a análise por Tribunal Regional Federal.

3.2.1 TRF da 1a Região

Neste Tribunal, elencou-se 04 (quatro) casos para análise, a saber:

---

https://www.cremerj.org.br/resolucoes/exibe/resolucao/1363. Acesso em: 10 dez. 2018.

[42] Como já destacado em comentário anterior as sanções estão previstas na Lei n. 3.268/1957.

CASO 1

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONTRARRAZÕES. ALEGAÇÕES DISSOCIADAS DA APELAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA. PROCESSO ÉTICO-DISCIPLINAR. INTERDIÇÃO CAUTELAR PROFISSIONAL. PROCEDIMENTO DE LIPOASPIRAÇÃO. HABILITAÇÃO EM CIRURGIA GERAL. RESOLUÇÃO 1.711/2003. LEGALIDADE.

1. Registre-se inicialmente que: "as contrarrazões recursais se prestam exclusivamente para que o recorrido possa se opor à pretensão do recorrente de alterar a decisão recorrida, mas não servem ao propósito de propiciar ao recorrido a reforma da decisão em seu favor, o que somente pode ser postulado através de recurso próprio, interposto de forma autônoma ou adesiva" (APELRE nº 579828, rel. Desembargador Federal Luiz Mattos, E-DJF2R de 13/12/2013). Assim, as alegações veiculadas nas contrarrazões, dissociadas da apelação, não podem ser conhecidas, já que atingidas pelo efeito da coisa julgada.

2. **O Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.711/2003, que estabelece a obrigatoriedade da habilitação em cirurgia geral para a realização de procedimento de lipoaspiração**. O juiz de primeiro grau, entretanto, firmou o seu convencimento favorável à aptidão profissional do apelado.

3. Ocorre que, como bem destacou o ilustre Procurador Regional da República que oficiou nesta instância, "se o CREMEGO não considera o Impetrante apto a realizar lipoaspirações, não há direito líquido e certo, mormente quando o próprio impetrante admite que não tem a habilitação exigida, mas sim outras que, a seu ver, o credenciaram. Ora, não pode o judiciário substituir o órgão de regulamentação profissional na avaliação de critérios técnicos para o desempenho de determinada especialidade médica".

4. "A Resolução nº 1.711/2003 ao estabelecer, em seu art. 3º, a exigência de habilitação prévia em cirurgia geral para realização de lipoaspiração vai ao encontro do previsto na Lei Nº 3.268/1957 e, nada mais fez, do que regular e disciplinar o exercício da profissão médica para exercer cirurgia de lipoaspiração. Assim, os Conselhos de Medicina estão agindo em cumprimento a uma determinação legal, vez que a Lei nº 3.268/57 confere a estes Conselhos autonomia para fiscalizarem e regulamentarem a profissão" (TRF/1ª Região, AG 2009.01.00.042660-6/GO, rel. (convocada) Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas).
5. Apelação e remessa oficial providas. Sentença reformada[43] (nosso grifo).

Nessa Apelação o Tribunal afirma a existência de margem de liberdade de configuração ou conformação dos agentes do CFM ao elaborar a Resolução n. 1.711/2003. Essa Resolução, em seu artigo 3º, estabelece a exigência de habilitação prévia em cirurgia geral para que o profissional médico esteja apto à realização de lipoaspiração.

O Tribunal, *in casu*, reformou a sentença do Juiz de Primeiro Grau que entendia desnecessária a referida habilitação prévia.

Fica claro que prevaleceu a liberdade de conformação ou configuração dos membros do CFM em detrimento da subjetividade do Magistrado de Primeiro Grau.

Sabe-se que a liberdade de conformação ou configuração é considerada fortíssima e com grande apelo político. No caso, em análise, o Conselho Federal estabeleceu que a cirurgia geral é *conditio sine qua*

[43] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação/Reexame Necessário 2009.35.00.011486-7/GO. Apelante: Conselho Regional de Medicina do Estado de Goiás. Apelado: Jacysmon Fonseca Magalhaes. Relator: Desembargador Federal Hercules Fajoses. Brasília, 15 de março de 2016. Disponível em: https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00114209520094013500 Acesso em: 10 dez. 2018.

non para a realização de lipoaspiração. Fez isso por meio da edição da Resolução n. 1.711/2003.

CASO 2

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA. INADEQUAÇAO DA VIA PROCESSUAL ELEITA. INOCORRÊNCIA. PROCESSO ÉTICO-DISCIPLINAR. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Muito embora seja possível o aferimento da existência de conduta negligente por meio de prova documental, a pretensão do apelante está consubstanciada no trancamento de processo ético-disciplinar, ou seja, em afastar o poder-dever do Conselho profissional de zelar pela ética que deve nortear o exercício da medicina, instaurando procedimento disciplinar.

2. Não pode o Judiciário impedir o Conselho profissional de apurar eventual cometimento de falta ética, pois essa é a razão da existência das Entidades de Fiscalização Profissional, tendo esta egrégia Corte decidido em casos similares que: "É defeso ao Poder Judiciário incursão no mérito administrativo, sendo sua atuação circunscrita ao campo da regularidade do procedimento e sua legalidade, o que inviabiliza que se analise e valore provas constantes do processo administrativo disciplinar ao qual respondeu o apelante, consoante firme jurisprudência deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça. **A valoração das condutas ético-profissionais imputadas ao advogado, através dos fatos e provas que chegaram ao conhecimento da autoridade competente e foram por ela ponderados, substanciando o juízo de censura proferido, é o juízo inerente ao mérito do próprio PAD, o qual cabe tão somente ao conselho de fiscalização profissional**" (TRF/2ª Região, AC nº 477107, rel. Desembargador Federal Alexandre Libonati de Abreu, E-DJF2R de 25/11/2014)" (AC 2009.38.00.027777-4/MG, rel. Desembargador Federal Hercules Fajoses, 11/09/2015 e-DJF1 P. 1472).

3. Apelação não provida. Sentença mantida, embora sob diverso fundamento[44] (nosso grifo).

A decisão de instaurar o devido processo ético-profissional é discricionária do Conselho Regional de Medicina não podendo, o Poder Judiciário, impedir o Conselho de realizar a devida apuração. Trata-se de hipótese de exercício de discricionariedade em sentido técnico-jurídico, uma vez que o artigo 2° da Resolução CFM n. 2.145/2016 diz: "A competência para instaurar sindicância, analisar seu relatório **e, se for o caso**, **instaurar o PEP** e sua instrução é do CRM onde o fato punível ocorreu …"[45] (nosso grifo).

Recorda-se que a discricionariedade decorre de uma norma jurídica que a concede. No presente caso, trata-se de uma hipótese de discricionariedade de atuação onde incumbe aos agentes do Conselho decidir pela apuração ou não de supostas violações de condutas ético-profissionais.

CASO 3

ADMINISTRATIVO. CONSELHOS REGIONAL E FEDERAL DE MEDICINA. PROCESSO ÉTICO-DISCIPLINAR. FRAUDES PREVIDENCIÁRIAS. COMPROVAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE. MÉRITO INSUSCETÍVEL DE INGERÊNCIA DO JUDICIÁRIO. RAZOABILIDADE DA SANÇÃO. INTIMAÇÃO. FORMA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. RELATOR IMPEDIDO. NÃO INFLUÊNCIA NO RESULTADO DO

[44] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível 0040067-30.2010.4.01.3900/PA. Apelante: Manoel Monteiro Redig Junior. Apelado: Conselho Regional de Medicina do Estado do Pará. Relator: Desembargador Federal Hercules Fajoses. Brasília, 17 de novembro de 2015. Disponível em: https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00400673020104013900 Acesso em: 10 dez. 2018.

[45] BRASIL. Lei n. 3.268, de 30 de Setembro de 1957. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm

JULGAMENTO. JULGADORES PROPRIETÁRIOS DE CLÍNICAS OU HOSPITAIS. INOCORRÊNCIA DE SUSPEIÇÃO OU IMPEDIMENTO.

1. Os fatos que deram origem ao processo ético-disciplinar consistem no recebimento indevido de recursos da Previdência Social pelo hospital de propriedade do apelante, mediante a cobrança de procedimentos médico-cirúrgicos que nunca foram efetivamente realizados.

2. O apelante não cuidou de infirmar as conclusões da auditoria previdenciária, tendo a juíza *a quo* registrado na sentença que "*não houve produção de provas*". Assim, estando comprovada a ocorrência das fraudes e não tendo o apelante tido êxito em excluir a sua culpabilidade, **deve ser mantida a penalidade ética que lhe foi imposta pelo Conselho Regional de Medicina**.

3. Destaque-se que **o mérito da punição disciplinar não está sujeito à ingerência do Poder Judiciário. Precedente do TRF/2ª Região. Tal entendimento é perfeitamente aplicável à hipótese, mormente porque não se pode vislumbrar excesso ou desproporção na pena ética-discplinar infligida**.

4. Advirta-se ainda que o apelante não demonstra ter sofrido efetivo prejuízo na elaboração de sua defesa na esfera administrativa (*pas de nulitté sans grief*). Precedente desta Sétima Turma.

5. Portanto, como bem apreciou a juíza *a quo*, "*as intimações realizadas pelo CREMEGO, embora tenham sido feitas por meio de AR, e não por carta precatória, conforme assinala o autor, atingiram o seu objetivo, ou seja, proporcionaram-lhe conhecimento das acusações que lhe eram imputadas e, ao mesmo tempo, deram-lhe a chance de apresentar a sua defesa*".

6. De outro lado, o julgador que atuou como relator no Conselho Regional de Medicina não influiu no resultado do julgamento do processo ético-disciplinar, tendo ficado consignado na sentença que "*o juiz relator do juízo a quo apenas pronunciou-se sobre a arguição de impedimento levantada contra a sua pessoa pelo autor*". Precedente desta Corte.

7. Por fim, saliente-se que o fato de os julgadores terem clínicas ou hospitais não os torna suspeitos ou impedidos, como bem analisou a juíza *a quo*, *litteris*: "*De outra parte, também não é lícita a assertiva de que as pessoas acima referidas estariam impedidas pelo fato de possuírem clínicas próximas às suas. Pois, além de nossa Carta Magna ter albergado o princípio da livre concorrência (art. 170, IV), se alargar-se a restrição engedrada pelo autor, ter-se-á que nenhum médico poderá julgá-lo, eis que seria seu concorrente em potencial"*.
8. Apelação não provida. Sentença mantida[46]. (nosso grifo)

Nesse julgado, chama a atenção o reconhecimento por parte do Judiciário de um espaço de apreciatividade administrativa dos membros do Conselho Regional que – ao aplicarem a sanção que consideraram adequada ao caso – atribuíram pesos e valores aos fatos e provas fixando, ao final, a reprimenda proporcional que entenderam adequada. Ficou afirmado, portanto, esse espaço de apreciatividade não sindicável pelo Judiciário.

Recorda-se que a Apreciatividade decorre de uma situação onde não há uma norma específica a impor um comando de ação para o agente público. No caso, em análise, a avaliação das provas e das circunstâncias é feita a partir de decisão apreciativa dos membros do Conselho.

CASO 4

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. PRELIMINARES AFASTADAS. DECADÊNCIA MANDAMENTAL. INAPLICABILIDADE.

[46] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível 2000.01.00.027525-5/DF. Apelante: Adão Martins de Oliveira. Apelado: Conselho Federal de Medicina e Outros. Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca. Brasília, 12 de maio de 2015. Disponível em: https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=01312587120004010000 Acesso em: 10 dez. 2018.

RESOLUÇÃO CFM Nº 1.810/2006. MÉDICOS EMPREGADOS. VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO EM PERÍCIAS JUDICIAIS. ILEGALIDADE.

1. Afastada a preliminar de inadequação da via eleita, porquanto o ato normativo atacado tem efeitos concretos, consistentes em impedir os médicos empregados de atuarem como assistentes em perícias judiciais, impondo às empresas-impetrantes o ônus da contratação de outros profissionais, como bem destacou o juiz sentenciante.

2. Não há tampouco que se falar em ilegitimidade ativa na espécie, uma vez que a parte autora busca nesta ação preservar o livre exercício profissional dos seus empregados médicos. Trata-se, pois, de prerrogativa de a parte autora manter íntegros os direitos e deveres que decorrem da relação empregatícia existente entre ela e seus médicos.

3. Ademais, rejeita-se, também, a preliminar de ilegitimidade passiva, pois o ato coator emana do Conselho Federal de Medicina (Resolução CFM nº 1.810/2006).

4. Por fim, a índole preventiva do presente *writ* afasta a incidência da decadência mandamental, já que o propósito desta ação é resguardar a atuação dos médicos empregados e obstar a abertura de processos ético-disciplinares.

5. No mérito, esta Sétima Turma vem decidindo que "*a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XIII, consagrou o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, condicionando, todavia, determinadas atividades à qualificação e condições legais, com o objetivo de proteger as atividades laborativas. Nesse sentido, qualquer restrição ou limitação nesse sentido necessita, obrigatoriamente, de lei em sentido formal, em consonância ao princípio da legalidade, que vincula a Administração Pública*" (REOMS 2008.36.00.003721-2/MT, rel. Desembargador Federal Reynaldo Fonseca, 04/10/2013 e-DJF1 P. 504).

6. **Na hipótese, a Resolução CFM nº 1.810/2006 restringe, sem fundamento legal, o exercício da Medicina, ao restringir a participação dos médicos empregados em procedimentos periciais**.

7. Além disso, como bem acentuou o magistrado *a quo*, não é razoável supor que o médico irá faltar com os seus deveres éticos, em particular o dever de guardar o sigilo profissional, pelo simples fato de estar inserido numa relação de emprego.
8. Apelação e remessa oficial não providas. Sentença mantida[47]. (nosso grifo)

Esse julgado é interessante pelo fato de que o Tribunal apontou o exercício arbitrário da liberdade de conformação pelo CFM. A Resolução CFM n. 1.810/2006 restringiu, sem fundamento legal, a participação de médicos empregados em perícias. Isso mostra que não obstante existir uma margem de liberdade ela é legítima quando atua dentro da moldura posta pelo direito. Não pode o Conselho desbordar dos limites legais e utilizar a sua liberdade de conformação de forma arbitrária.

3.2.2 TRF da 3a Região

Neste Tribunal, elencou-se 02 (dois) casos para análise, a saber:

CASO 5

AÇÃO ORDINÁRIA CONSELHO DE MEDICINA APURAÇÃO ÉTICO DISCIPLINAR DEVIDO PROCESSO LEGAL, AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO RESPEITADOS PRESENÇA DE FUNDAMENTAÇÃO E MOTIVAÇÃO AOS JULGAMENTOS ADMINISTRATIVOS PENA APLICADA OBSERVANTE À

[47] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação/Reexame Necessário 2007.34.00.032067-4/DF. Apelante: Conselho Federal de Medicina. Apelado: Companhia Paranaense de Energia Copel e Outros. Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca. Brasília, 10 de março de 2015. Disponível em: https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00319267220074013400 Acesso em: 10 dez. 2018.

GRAVIDADE DO FATO APURADO, CUJA GRADAÇÃO, CONFORME A DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR E CONCRETA GRAVIDADE MANIFESTA, PODE IMPLICAR EM SANÇÃO MAIS SEVERA DE IMEDIATO, NOS TERMOS DO § 1º DO ART. 22, LEI 3.268/57 IMPROCEDÊNCIA AO PEDIDO PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES DO CRM E DO CFM PREJUDICADA A APELAÇÃO AUTORAL.

Não se há de falar em falta de prestação de tutela jurisdicional, extraindo-se claramente a motivada convicção lançada pelo E. Juízo a quo, que entendeu insuficiente/ausente motivação para aplicação de sanção mais severa ao Médico autor. Mister registrar descaber ao Judiciário apreciar o mérito administrativo, estando adstrito ao controle de legalidade do ato impugnado. Precedente. Esclarece-se, então, estar dentro da esfera judicial de atuação a apreciação sobre a motivação da aplicação da pena e acerca da proporcionalidade da punição. Precedente. Realizados estes esclarecimentos, bem como se se atendo à devolutividade das matérias trazidas em apelo, desce-se à apreciação do mérito recursal debatido. Como o consagra o ordenamento constitucional, amiúde invocado pela doutrina administrativista, devem as decisões administrativas ser fundamentadas (inciso X do art. 93, da Lei Maior). A razão para esta mínima conduta estatal, sim, repousa no superior exercício da fundamental ampla defesa, que deve ser assegurada desde a órbita administrativa, nos termos do inc. LV, do art. 5º, CF, de tal arte a, por mínimo, poder conhecer o jurisdicionado destinatário o preciso teor do comando a envolvê-lo, assim o acatando ou contra ele se insurgindo. Realmente, neste ângulo sem razão a r. sentença ao direcionar para a existência de mácula na aplicação da sanção. Dos elementos coligidos aos autos objetivamente se extrai, desde o primeiro parecer do Conselho Regional de Medicina que inicialmente rejeitou a existência de infração ética, mas foi reformado por decisão do Conselho Federal que o autor cometeu equívocos em sua atuação como perito judicial, fls. 502: "Embora o perito tenha emitido opiniões que não apresentam suficiente

comprovação científica, que na discussão muitas vezes citou condutas discutíveis e até dúbias e que em várias ocasiões não registrou com fidelidade os dados do prontuário do paciente...". Compulsando-se o procedimento administrativo, destaque para o parecer de fls. 1.080/1.099, constata-se robusto apuratório técnico para se aferir a conduta do Médico demandante, tendo havido ampla defesa e contraditório à imputação de cometimento de infração ética prevista no art. 118 do Código de Ética vigente ao tempo dos fatos (em 1989 Deixar de atuar com absoluta isenção quando designado para servir como perito ou auditor, assim como ultrapassar os limites das suas atribuições e competência). Na linha do parecer de fls. 502, assentou-se que, fls. 1.099: "Restou provado nos autos que o Dr. João Ferreira de Castilho, em seu relatório, fez afirmações que não tinham suporte na análise do prontuário do Hospital Vila Prudente, como a presença de febre que na verdade não há registro no gráfico, a afirmação de que o paciente era desnutrido, sem referências a este estado no prontuário, além de afirmações bastante controversas dentro da ciência médica, como a administração profilática de antibióticos em uma fratura não exposta ou a presença obrigatória de sinais prodromicos dias antes da instalação de gangrena gasosa. Neste sentido, ficou claro a este relator que o colega denunciado não agiu com a necessária isenção que se exige de um médico perito, entendendo-se isenção conforme definido no dicionário Aurélio: imparcialidade; neutralidade", tendo sido aplicada a pena de censura pública em publicação oficial, fls. 1.115. Irresignado, interpôs o Médico João Ferreira Castilho recurso perante o Conselho Regional de Medicina, o qual não foi provido, fls. 1.193/1.200, bem assim foi de insucesso o recurso aviado perante o Conselho Federal, fls. 1.340/1.348. Como se observa, houve abordagem técnica sobre o tratamento da moléstia de paciente, informações que somente podem ser prestadas por Médico, o que, segundo as provas dos autos, reforçam o descabimento de incursão do Judiciário sobre aquele mérito administrativo apurado. Do trabalho pericial apresentado, resultados graves se perfectibilizaram no mundo fenomênico, dos fatos, porquanto os Médicos que atendaram

ao paciente naquele nosocômio foram denunciados pelo Ministério Público Estadual como incursos nos artigos 29 e 121, §§ 3º e 4º, CP, fls. 58 e seguintes, assim responderam à ação penal pública e foram expostos publicamente. Por sua banda, o art. 22, Lei 3.268/57, que trata do Conselho de Medicina, prevê as penalidades aplicáveis aos Médicos. O § 1º de referido artigo dispõe que "salvo os casos de gravidade manifesta que exijam aplicação imediata da penalidade mais grave a imposição das penas obedecerá à gradação dêste artigo.". **Neste passo, pela norma, as sanções devem ser aplicadas por ordem gradativa, exceto se a gravidade do caso impuser punição mais dura de imediato, significando dizer que a aplicação de "censura pública em publicação oficial" não encontra qualquer resvalo de ilicitude, porque, consoante a discricionariedade do julgador administrativo, os fatos apurados impunham apenamento mais gravoso, evidente**. Segundo o quanto devolvido em sede de apelação, tendo sido imputada a conduta prevista no art. 118 do Código de Ética Médica, patente que a postura autoral teve bastante gravidade, pois seus colegas responderam a processo judicial criminal e foram expostos à coletividade, afigurando-se razoável que a pena de censura aplicada também seja pública em publicação oficial, guardando plena simetria ao quanto proporcionado aos Médicos réus no processo criminal. A aplicação das penas de advertência confidencial em aviso reservado e de censura confidencial em aviso reservado claramente não atenderiam à razoabilidade, porquanto ficaria a sanção restrita ao âmbito corporativo, sem os desfechos proporcionais que o caso concreto merecia: repita-se, os Médicos que atenderam ao paciente falecido sofreram processo criminal, público. Constatada infração ética, razoável que a pena também tenha publicidade correlata, observando, assim, a isonomia, guardando a pena perfeita amoldagem ao conceito de "gravidade manifesta" estampada no § 1º do art. 22 mencionado, que permite imediata aplicação de punição mais severa, não havendo de se falar em falta de fundamentação ou desrespeito à dosimetria, ora pois. Ausente nulidade hábil ao desfazimento do julgamento administrativo, sendo de rigor o

acolhimento das apelações autárquicas. À causa foi atribuído o valor de R$ 1.000,00, fls. 48, permitindo o § 4º do art. 20, CPC vigente ao tempo dos fatos e aplicável à espécie (Súmula Administrativa nº 2, STJ), apreciação equitativa do Juiz para arbitramento da verba honorária, nas lides de pequeno valor : logo, ante o trabalho apresentado e a natureza da causa, de rigor a sujeição autoral ao pagamento de honorários advocatícios, no importe de R$ 4.000,00 (quatro mil reais) para cada réu, com monetária atualização doravante e até o seu efetivo desembolso e juros segundo o Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução 267/2013. Provimento às apelações do CRM e do CFM, reformada a r. sentença, para julgamento de improcedência ao pedido, na forma aqui estatuída, prejudicada a apelação do polo autor[48]. (nosso grifo)

O julgado foi aqui destacado, pois refere situação em que membros do Conselho Regional fizeram uso da margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados ao aplicar penalidade de "censura pública em publicação oficial" sem obedecer a gradação de penalidades estabelecida na Lei. A subjetividade pública referida foi utilizada na interpretação do conceito de "gravidade" capaz de ensejar a aplicação direta de penalidade mais grave sem observância da gradação.

Observa-se que o julgado utiliza a expressão discricionariedade como sinônimo de subjetividade pública e não no seu sentido técnico-jurídico.

[48] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Embargos de Declaração em Apelação Cível 0009286-64.2010.4.03.6100/SP. Embargante: João Ferreira de Castilho. Interessado: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Relator: Desembargador Federal Mairan Maia. São Paulo, 18 de julho de 2018. Disponível em: http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/PesquisarDocumento?processo=00092866420104036100 Acesso em: 10 dez. 2018.

CASO 6

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ÉTICO-DISCIPLINAR. PERDA DE OBJETO. INOCORRÊNCIA. INSTAURAÇÃO PRÉVIA DE SINDICÂNCIA. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DOS FATOS E CAPITULAÇÃO DE INDÍCIOS DE DELITO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. QUESTÃO NÃO ANALISADA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE MANIFESTAÇÃO PELO JUDICIÁRIO. MÉRITO ADMINISTRATIVO. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO DESPROVIDAS.

- A questão vertida nos presentes autos cinge-se então à legitimidade do processo ético-disciplinar nº 9.612-056/2011.

- Embora já cumprida a determinação trazida na r. sentença, antes mesmo da impetração do presente mandado de segurança, tal fato não conduz à perda de objeto do mandamus, uma vez que o presente writ busca aferir a ilegalidade do processo ético-disciplinar nº 9.612-056/2011 em virtude da ausência de prévia sindicância, bem como pela nulidade de parecer que ensejou a instauração de tal processo, sendo que para restar configurada a perda de objeto de mandado de segurança é necessário que não mais subsista integralmente o ato atacado, e não somente alguns de seus efeitos, o que não ocorreu in casu.

- Ressalte-se que o mandado de segurança exige direito líquido e certo, que pressupõe fatos incontroversos apoiados em prova pré-constituída, sendo que o impetrante não trouxe aos autos com a inicial documentos comprovando que lhe foram prestadas informações sobre quais os integrantes da Câmara Técnica de Medicina do Trabalho e Perícia Médica participaram da reunião realizada em 10.08.2010, de modo que não há como entender por equivocada a r. sentença que concedeu parcialmente a segurança para que fosse praticado tal ato a fim de evitar qualquer nulidade.

- Ainda que se entenda por indevida a providência determinada na r. sentença, observa-se que as apelações interpostas foram recebidas tão

somente no efeito devolutivo, tornando de pouca utilidade reformar a r. sentença, tendo em vista a inexistência de efeito prático algum.
- Não ocorre nulidade no processo administrativo disciplinar sem que houvesse instauração prévia de sindicância ou de processo investigativo em face do ora impetrante, **uma vez que o C. Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que a sindicância é dispensável quando existirem elementos suficientes para a instauração do processo administrativo disciplinar, como ocorre no caso dos autos. Precedente**.
- Verifica-se que não foi demonstrado pelo impetrante qualquer prejuízo à sua defesa em decorrência da ausência de descrição dos fatos e capitulação de indícios de delito ético no termo de abertura do referido procedimento, razão pela qual não há como se reconhecer a nulidade do Processo Administrativo Disciplinar, por força do princípio pas de nullité sans grief. Precedente.
- Ressalte-se que o próprio artigo 43 da Resolução CFM nº 1.897/2009 (Código de Processo Éticoprofissional) dispõe que nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para as partes.
- Verifica-se que ao oportunizar ao impetrante o acesso à lista dos integrantes da Câmara Técnica de Medicina do Trabalho e Perícia Médica que participaram da reunião realizada em 10.08.2010, que originou o parecer responsável pela instauração do processo ético-disciplinar, foi respeitado o contraditório e a ampla defesa, sendo que eventual nulidade por suspeição deverá ser suscitada perante a autoridade administrativa competente, que deverá analisar o pleito. Nesses termos, observa-se o art. 44, I, da Resolução CFM nº 1.897/2009 (Código de Processo Ético-profissional) que dispõe que a nulidade ocorrerá por suspeição argüida contra membros do Conselho, sendo apreciada na sessão de julgamento e acolhida pelo Plenário.
- Conclui-se que o impetrante busca, na verdade, a nulidade do processo administrativo por
prevenção, tentando antecipar decisão administrativa que sequer foi proferida. A análise da suspeição dos participantes da reunião realizada

em 10/08/2010, de onde foi originado o parecer emitido pela Câmara Técnica de Medicina do Trabalho e Perícia Médica, o qual fundamenta o processo éticodisciplinar em comento, ainda não foi analisada no bojo do procedimento administrativo, não restando demonstrado então qualquer ato ameaçador ou prejudicial a ser praticado que configure o justo receio de lesão ao direito líquido e certo invocado, consubstanciado em grave ameaça, objetiva e atual a ser analisado no presente writ.
- O controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar é exercido para apreciar a legalidade e a regularidade do procedimento à luz dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, não sendo possível, na via eleita, a apreciação de todo o compêndio processual, sendo essas questões de mérito administrativo, ainda pendentes de apreciação pela autoridade julgadora.
Precedente.
- Com isso, não restou demonstrado o direito líquido e certo a amparar a pretensão do impetrante de que houve qualquer ilegalidade no processo ético-disciplinar nº 9.612-056/2011.
- Remessa oficial e apelações desprovidas[49]. (nosso grifo)

Os membros do Conselho Regional desenvolvem atividade apreciativa quando avaliam as circunstâncias, atribuem pesos aos fatos e decidem pela instauração direta ou não de um processo ético-disciplinar, sem a necessidade de realização de sindicância preliminar. Foi essa a situação desse caso, respaldada pelo Poder Judiciário.

[49] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação/Reexame Necessário 0022803-97.2014.4.03.6100/SP. Apelantes: Ramon Cano Garcia e Conselho Regional de Medicina de São Paulo. Apelados: Os mesmos. Relator: Desembargadora Federal Diva Malerbi. São Paulo, 07 de abril de 2016. Disponível em: http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/PesquisarDocumento?processo=00228039720144036100 Acesso em: 10 dez. 2018.

3.2.3 TRF da 5a Região

Neste Tribunal, elencou-se apenas 01 (um) caso, a saber:

CASO 7

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SUSPENSÃO DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO ÉTICO-DISCIPLINAR CONTRA MÉDICO. SUSPENSÃO PREVENTIVA. POSSIBILIDADE. 1. Foi aplicada ao Agravante, por deliberação do Plenário do Conselho Regional de medicina do Estado do Ceará, a suspensão cautelar do exercício profissional, até a deliberação final da Autarquia. A instauração do processo ético-profissional nº 409/2005 decorreu do elevado número de pacientes que se queixavam diminuição ou perda da acuidade visual, após a realização de procedimentos cirúrgicos realizados pelo Agravante. {…} 3. **A Administração Pública pode se valer de seu poder geral de cautela, para evitar um perigo decorrente de um evento possível e provável, que possa restringir os interesses protegidos pelo direito**. 4. A suspensão cautelar não é uma penalidade, mas uma medida acautelatória. A razoabilidade de sua aplicação está consubstanciada no fato de que continuidade do exercício da Medicina pelo Impetrante pode causar prejuízos irreversíveis à população, em especial às pessoas de baixa renda que procuram os serviços prestados pelo Instituto Oftalmológico do Pirambu, conveniado ao Sistema Único de Saúde (SUS). Possibilidade de grave lesão à saúde pública. 5. Há fortes indícios de imperícia, negligência e imprudência na conduta do Impetrante. 6. Agravo Regimental improvido[50]. (nosso grifo)

[50] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Agravo Regimental na Suspensão da Segurança 6574/01. Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti. Recife, 07 de junho de 2006. Diponível em: http://www.trf5.gov.br/archive/2006/06/200605000165730_20060619.pdf

Vislumbra-se aqui mais uma situação de apreciatividade, *in casu*, na utilização do poder geral de cautela. A suspensão preventiva do profissional decorre de uma ponderação do quadro fático onde são sopesadas as circunstâncias capazes de ensejar tal medida extrema.

Considerações finais

Ao final do presente trabalho, constata-se a forte presença das diferentes espécies de subjetividades públicas na atuação do Conselho Federal de Medicina e dos Conselhos Regionais.

A atividade de fiscalização profissional começa desde a elaboração das normas de conduta, passando pelas regras do processo sancionador até a aplicação propriamente dita das penalidades.

Na atuação do Conselho Federal, destaca-se o aspecto de normatividade regrando os Conselhos Regionais, além de atuar como instância recursal dos julgados nos processos ético-disciplinares.

Já os Conselhos Regionais notabilizam-se pelas tarefas de fiscalização direta da atividade profissional e burocrática de inscrição dos profissionais.

Por fim, a pretensão inicial de identificar as diferentes espécies de subjetividades públicas nas atribuições dos Conselhos foi plenamente realizada de forma que se considera cumprido o objetivo do trabalho que em nenhum momento se preocupou com os limites às tomadas de decisão e sim com a identificação das diferentes modalidades de autonomia pública.

Referências

AYALA, Bernardo Diniz de. O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão. Lisboa: Lex, 1995.

BRASIL. Lei n. 3.268, de 30 de Setembro de 1957. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação/Reexame Necessário 2009.35.00.011486-7/GO. Apelante: Conselho Regional de Medicina do Estado de Goiás. Apelado: Jacysmon Fonseca Magalhaes. Relator: Desembargador Federal Hercules Fajoses. Brasília, 15 de março de 2016. Disponível em: https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00114209520094013500

_____. Apelação Cível 0040067-30.2010.4.01.3900/PA. Apelante: Manoel Monteiro Redig Junior. Apelado: Conselho Regional de Medicina do Estado do Pará. Relator: Desembargador Federal Hercules Fajoses. Brasília, 17 de novembro de 2015. Disponível em: https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00400673020104013900

_____. Apelação Cível 2000.01.00.027525-5/DF. Apelante: Adão Martins de Oliveira. Apelado: Conselho Federal de Medicina e Outros. Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca. Brasília, 12 de maio de 2015. Disponível em: https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=01312587120004010000

_____. Apelação/Reexame Necessário 2007.34.00.032067-4/DF. Apelante: Conselho Federal de Medicina. Apelado: Companhia Paranaense de Energia Copel e Outros. Relator: Desembargador Federal Reynaldo Fonseca. Brasília, 10 de março de 2015. Disponível em: https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00319267220074013400

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Embargos de Declaração em Apelação Cível 0009286-64.2010.4.03.6100/SP. Embargante: João Ferreira de Castilho. Interessado: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Relator: Desembargador Federal Mairan Maia. São Paulo, 18 de julho de 2018. Disponível em: http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/PesquisarDocumento?processo=00092866420104036100

_____. Apelação/Reexame Necessário 0022803-97.2014.4.03.6100/SP. Apelantes: Ramon Cano Garcia e Conselho Regional de Medicina de São Paulo. Apelados: Os mesmos. Relator: Desembargadora Federal Diva Malerbi. São Paulo, 07 de abril de 2016. Disponível em: http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/PesquisarDocumento?processo=00228039720144036100

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Agravo Regimental na Suspensão da Segurança 6574/01. Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti. Recife, 07 de junho de 2006. Diponível em: http://www.trf5.gov.br/archive/2006/06/200605000165730_20060619.pdf

BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n. 2.145/2016. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2016/2145_2016.pdf

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Resolução CREMERJ n. 274 de 13 de janeiro de 2015. Disponível em: https://www.cremerj.org.br/resolucoes/exibe/resolucao/1363.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os Grandes Traços do Direito Administrativo no Século XXI. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 45-65, jan./mar. 2003.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo I. Madrid: Civitas, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas mutações juspolíticas: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

_____. Discricionariedade e Jurisdição Constitucional/Supranacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SGARBI, Adrian. Introdução à Teoria do Direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
VORONOFF, Alice. Direito Administrativo Sancionador no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

A LIBERDADE DE ATUAÇÃO DOS MÉDICOS DIRETORES DE HOSPITAIS PÚBLICOS PARA A EDICÃO DOS PROCEDIMENTOS OPERACIONAIS PADRÃO

Eduardo Langoni de Oliveira Filho

Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF). Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Membro do Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). Advogado.

Sumário: Introdução. 1. As direções técnica e clínica. 1.1. Os hospitais e o cargo de direção. 1.2. Atribuições dos cargos de diretor técnico e diretor clínico. 1.3. A posição do diretor dentro da escala de tomadores de decisão, 2. Os Procedimentos Operacionais Padrão (POPs). 2.1. Definição. 2.2 Objetivos. 2.3. A vinculatividade do POP e a autovinculação. 3. Análise das subjetividades públicas. 3.1 Elementos introdutórios. 3.2. A discricionariedade e a atuação do diretor. 3.3 A insuficiência dos conceitos jurídicos indeterminados enquanto fonte da autonomia do diretor. 3.4. As categorias que conferem a subjetividade do diretor da unidade hospitalar. 3.5. Uma última possibilidade: a "não liberdade" como fruto de uma atuação vinculada. Conclusões. Referências.

Introdução

A saúde é, certamente, um dos bens jurídicos de maior valor que o indivíduo possui, e buscando preservá-la o estudante de medicina ao se tornar médico jura solenemente que a saúde e o bem estar de seus pacientes serão prioridades em sua carreia profissional. Neste sentido, imbuídos dessa missão, tais profissionais se fazem presentes em quase todos os momentos, trazendo novas vidas ao mundo e atestando, com exclusividade, a partida daquelas que já se encerraram. Entre

procedimentos cirúrgicos, atendimentos, receitas e prontuários, é nos hospitais que os médicos passam grande parte de suas vidas. E é ao mesmo local que a população recorre quando alguma enfermidade a afeta. Mas você já se questionou porque todas as vezes que chega aos hospitais parece que é feito o mesmo procedimento independente de quem faça o atendimento? A resposta para tal pergunta se relaciona diretamente com os Procedimentos Operacionais Padrão[1].

Em geral, tais procedimentos, quando relacionados ao funcionamento do hospital, aos elementos técnicos que envolvam procedimentos clínicos ou aspectos éticos, são de responsabilidade do Diretor Técnico ou Clínico da unidade pública, que, muitas vezes, gozando de subjetividade vai atuar dentro de suas funções para estabelecer uma "rotina". Exatamente nas diferentes formas de manifestação de vontade da administração pública envolvidas neste ato do profissional técnico[2] que o presente trabalho se debruça.

A Administração Pública manifesta suas vontades por diversos meios, são eles, atividades técnicas ou materiais, atos administrativos, ou coação e em cada um desses atos se vale de uma margem de liberdade para atuar e fazer suas escolhas[3]. Tal margem de liberdade ou subjetividade, ou ainda autonomia, é comumente chamada pela doutrina de "discricionariedade". Todavia, serão trabalhados no estudo que se desenvolve, além da dita subjetividade, outros tipos de liberdades (margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados; liberdade de conformação; e apreciatividade)[4]. Desta forma, mostra-se a

---

[1] Para fins de clareza e precisão da leitura, salienta-se que ao longo do texto os Procedimentos Operacionais Padrão (POP) poderão ser chamados também de "Protocolos Clínicos", ou ainda a outras expressões que façam menção ao caráter regulamentador/ normatizador de tais atos.

[2] Vale acrescentar aqui que, conforme será exposto ao longo do trabalho, os cargos mencionados, obrigatoriamente deve ser ocupado por médico.

[3] SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 115.

[4] A obra de ANDRÉ SADDY, além da inovação com a tese da apreciatividade, se diferencia da doutrina majoritária que comumente trabalha apenas com a

subjetividade como gênero da qual fazem parte as quatro espécies de autonomia elencadas. Além das quatro subjetividades acima, será trabalhada mais uma categoria, que, embora ser uma forma de manifestação da vontade administrativa, se caracteriza pela falta de liberdade de escolha – trata-se da atuação vinculada[5].

As subjetividades públicas são, geralmente, divididas pela doutrina em subjetividade pública legislativa, subjetividade pública judicial e, por fim, subjetividade pública executiva ou administrativa. Cada uma dessas possui suas características, e, de carta forma, um determinado grau de liberdade diferente. Segundo EVA DESDENTADO DARROCA[6], a primeira subjetividade se caracteriza pelo amplo grau de liberdade, enquanto isso a liberdade judicial goza do menor espaço de autonomia. Neste ínterim, encontra-se a subjetividade publica administrativa ou executiva, usufruindo de uma margem de livre decisão maior que o judiciário e menor que o legislativo. Em que pese não se tratar da subjetividade mais ampla, certamente a subjetividade administrativa ocupa lugar de destaque na doutrina, despertando inúmeras controversas.

Com base no exposto, o presente trabalho se insere no âmbito das subjetividades administrativas, à medida que tem como objetivo identificar os tipos de liberdade bem como a ausência delas (atuação vinculada), que dispõe o médico diretor das unidades hospitalares públicas, com corpo clínico de até trinta médicos, para criar os Procedimentos Operacionais Padrão, e desta forma uniformizar o atendimento nas unidades. O recorte espacial do tema se faz necessário para evitar questionamentos a respeito da competência do profissional

---

discricionariedade e a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados.

[5] SADDY, 2014, op. cit., p. 41 - 42

[6] DESDENTADO DAROCA, Eva. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999, p . 76-77.

para a prática de tal ato, uma vez que, em tais casos, pode um médico acumular os cargos de direção clínica e técnica. Desta forma, evita-se que o discurso sobre a competência para a edição do Procedimento Operacional Padrão ganhe mais destaque que o necessário, à medida que, a competência, especificamente, não constitui objeto central deste estudo.

Para chegar ao objetivo, pretende-se, no primeiro momento, fazer uma análise histórico-descritiva, buscando como se deu a criação do cargo de Diretor Técnico, bem como descrever quais suas funções, o mesmo com o cargo de Diretor Clínico[7]. Desta forma, será possível identificar em qual escalão da Administração Pública encontra-se o profissional, suas competências e responsabilidades. No segundo momento, serão apresentados os Procedimentos Operacionais Padrão, daqui em diante denominados "POPs", e também os elementos que os constituem bem como os objetivos e definições. De forma sintética, mostrar-se-á, ainda, alguns limites que o POP deve respeitar e ao mesmo tempo o limite que ele próprio impõe aos médicos da unidade hospitalar em que foi editado – trata-se da autovinculação administrativa.

Ultrapassadas as duas etapas, e trabalhados os dois pontos considerados essenciais para se conseguir avaliar a liberdade de atuação do profissional de direção e a falta dessa liberdade, chega-se ao ponto central do estudo em tela. No terceiro tópico, serão apresentadas as diferentes subjetividades públicas (liberdade de configuração; discricionariedade; margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados: e apreciatividade) buscando correlacionar tais conceitos com a atividade prática do diretor técnico ao editar o POPs, objetivando a identificação de quais delas o profissional goza. Além disso, será trabalhada ainda a ideia de atuação vinculada, buscando identificar tal forma de manifestação de vontade administrativa na conduta do diretor.

---

[7] Cabe esclarecer que, dentro da estrutura hospitalar é comum a existência de outras diretorias, como a administrativa ou ainda uma diretoria geral, entre outras. Todavia, por não se enquadrarem no recorte do presente trabalho, não serão aqui abordadas, ficando limitado apenas nas funções dos diretores clínico e técnico.

Considerando que a atuação para criação de um POP não se dá em um único momento, e ainda que em cada fase até o provimento final que se busca, existe uma subjetividade envolvida ou uma ausência de liberdade, neste estudo a conduta do profissional será analisada em dois momentos: (I) quando decide editar um POP[8]; e (II) ao determinar o conteúdo de determinado procedimento de

A temática se justifica socialmente porque trabalha com um assunto de suma importância dentro do funcionamento de qualquer hospital público, e, além disso, permite uma interdisciplinaridade entre duas áreas fundamentais no dia a dia da sociedade – a medicina e o Direito.

Diante disso, ao mesmo tempo em que inova no âmbito acadêmico-jurídico brasileiro, e por isso se justificativa academicamente, esta abordagem se mostra como um desafio, em especial, pela complexidade temática e escassez de material específico. Neste sentido, para atingir aos objetivos propostos o estudo se vale de uma metodologia histórico-descritiva no primeiro momento, e posteriormente indutiva, à medida que parte do conceito geral das subjetividades para posteriormente trazê-los à atuação do médico responsável técnico da unidade hospitalar. Como *corpus* de análise, serão utilizadas obras doutrinárias, manuais técnicos da área de saúde, legislação, e outros documentos que possam contribuir para a consecução do objetivo proposto.

[8] Este momento específico que se pretende avaliar o tipo de subjetividade presente, não faz referência a identificação da necessidade de se editar um POP, mas sim quanto ao momento em que este será feito depois de já identificada a necessidade. Por exemplo: será feito hoje ou amanhã; ou daqui a um mês.

1. As direções técnica e clínica

1.1 Os hospitais e o cargo de direção

A complexidade[9] da estrutura hospitalar é um fato inegável, e neste sentido HELOISA CRISTINA MARTINS AMARAL citando ROCKWELL SCHULTZ e ALTON C. JOHNSON, afirma que "os hospitais estão entre os organismos mais complexos do mundo contemporâneo". Atribui tal fato a ampla diversidade de serviços reunida na unidade, o que culmina em um alto grau de complexidade operacional. Tais organizações atuam em atividades[10] relacionadas à assistência médica integral, curativa e preventiva, além de funcionarem como centros de educação e pesquisa em saúde. Desta forma, reforça a autora o papel de hotel, já tratado, além de centro de tratamento,

---

[9] A organização dos hospitais foi fruto de um processo evolutivo longo que se liga inclusive com a própria origem da palavra "hospital". A palavra vêm do latim *"hospitalis*", e tem, hoje, o sentido de ser hospitaleiro, guardando grande relação com o termo *"hospes"*, que tem a conotação de hóspede, estrangeiro, e também de aquele que hospeda. Todavia, vale destacar que nem sempre os hospitais foram vistos desta forma, já foi visto como "depósito" de enfermos; lugar de pobres, indigentes, incuráveis. Apenas ao longo dos anos que tal visão foi alterada, inclusive com a organização que tal instituição passa a sofrer. (BRASIL. Ministério da Saúde. Departamento Nacional de Saúde. Divisão de Organização Hospitalar. História e evolução dos hospitais. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde, 1944, p. 7 et seq.)
Segundo TERESINHA COVAS LISBOA, foi na Idade Média que surgiu a descentralização de atividades complementares e a "coexistência de pessoal administrativo, médico e auxiliar dentro das instituições hospitalares". Na Idade Contemporânea, cresce tal fenômeno e aumenta a complexidade das estruturas organizacionais, bem como a diversidade de funções. (LISBOA, Teresinha Covas. Breve História dos Hospitais: da antiguidade à Idade Contemporânea. Revista Notícias Hospitalares, [s.l.], n. 37, p.1-32, Jun/Jul, 2002. Disponível em: <http://www.iph.org.br/public/files/acervo/142323490614232349067106232768.pdf >. Acesso em: 30 jan. 2018, p. 28.)

[10] É importante deixar claro que as atividades aqui apontadas não são um rol exaustivo, pelo contrário, apenas exemplificam algumas das atividades que são desenvolvidas por uma unidade hospitalar.

laboratório e, muitas vezes, universidade, cujo funcionamento, por sua vez, depende do desenvolvimento de uma série de processos e uma complexa estrutura[11]. E continua a autora,

> Cecílio & Merhy (2003a) destacam que, dentro do hospital, o tratamento de um paciente depende do trabalho de vários profissionais. Ou seja, o cuidado recebido pelo paciente é produto de um grande número de pequenos cuidados que se complementam, explícita ou implicitamente, a partir da interação entre os vários cuidadores. Assim, uma complexa trama de atos, procedimentos, fluxos, rotinas, saberes, diante de um processo de complementação e disputa, compõem o cuidado em saúde. Portanto, na concepção dos autores, coordenar adequadamente esse conjunto diversificado, especializado e fragmentado de procedimentos, de modo que eles resultem numa assistência eficiente e eficaz, é hoje, o grande desafio dos hospitais (CECÍLIO; MERHY, 2003b).[12]

Em sentido semelhante, destacando, em linhas gerais, a complexidade dos hospitais públicos, CREUZA DA SILVA DE AZEVEDO, se volta aos profissionais que são responsáveis pelo bom funcionamento da unidade. Neste sentido aduz a autora que "o trabalho operacional é complexo e diretamente controlado[13] pelos que o

---

[11] AMARAL, Heloisa Cristina Martins. O processo de planejamento estratégico do Hospital Universitário da Universidade Federal de Santa Catarina. 2013. 311 f. Dissertação (Mestrado Profissional) - Curso de Programa de Pós-graduação em Administração Universitária, Centro Sócio-econômico, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. Disponível em: <http://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/103494>. Acesso em: 10 jan. 2018, p. 38.

[12] Ibidem, p. 39.

[13] Em que pese o posicionamento da autora de que o atendimento é controlado diretamente por aquele que o executa, é importante ressaltar que, conforme se mostrará neste trabalho, existe um profissional de direção que responde diretamente pelo atendimento clinico dentro de um hospital público – trata-se do médico ocupante

executam"[14]. Sabendo da importância dos hospitais e de sua complexidade, certamente, organizá-lo é melhor forma de se garantir um controle das atividades desempenhadas bem como de se otimizar tempo e economizar recursos financeiros, neste sentido, "na década de 1920, a saúde pública no Brasil cresceu como questão social e, por iniciativa do poder central, foi iniciada a organização do sistema público de saúde".[15]

No âmbito dessa organização, além da criação do Ministério da Educação e Saúde Pública, para fins metodológicos do presente trabalho ganha destaque a edição do Decreto nº 20.931, de 1932[16], que em seu art. 28 dispõe que nenhuma instituição de hospitalização ou assistência médica pode funcionar, no território nacional, sem o diretor técnico, que seria o principal responsável pela unidade. Posteriormente, o Conselho Federal de Medicina, através da Resolução nº 1.342/91, novamente reforçou o disposto no decreto de 1932, a respeito da necessidade do diretor técnico, e também incluiu que a responsabilidade técnica de instituição pública ou privada voltada para assistência médica, seria também do Diretor Clínico. Acrescenta-se ainda que, em decorrência do art. 15 da Lei nº 3.999, de 15 de dezembro de 1961, ambos os cargos são privativos de médicos.

Desta forma, pode-se dizer que, dentro de desse movimento de organização e estruturação da saúde no Brasil, tem-se também a criação do cargo de Diretor Técnico, no primeiro momento, e posteriormente a criação do cargo de Diretor Clínico, e também sua exclusividade para

---

do cargo de direção, que, além disso, será responsável pela gerência de toda essa estrutura complexa, dentro de suas competências. Diante disso, o procedimento operacional padrão, enquanto instrumento de padronização e facilitação de controle, exercerá importante papel no auxílio deste profissional.

[14] AZEVEDO, Creuza da Silva de. Gestão Hospitalar: a visão dos diretores de hospitais públicos do município do Rio de Janeiro. Revista de Administração Pública: Rio de Janeiro, 29 (3). Jul./Set. 1995, p. 2.

[15] AMARAL, op. cit, p. 45

[16] Este Decreto é responsável por regular e fiscalizar o exercício da medicina, da odontologia, da medicina veterinária e das profissões de farmacêutico, parteira e enfermeira, no Brasil.

exercício de um médico, que desempenharão importante função dentro da estrutura hospitalar.

1.2 Atribuições dos cargos de diretor técnico e diretor clínico

Entender as competências de cada um dos cargos de direção, para o presente trabalho, torna-se importante à medida que a ideia de liberdade de atuação, para não adentrar no campo da arbitrariedade, tem como um de seus requisitos a competência do agente que o pratica, por esta razão, as próximas linhas se dedicarão ao tema.

De forma geral, o Diretor Técnico tem como principal função assegurar as condições adequadas de trabalho bem como os meios essenciais para a boa prática médica, além disso, é um dos principais responsáveis por fazer cumprir as normas em vigor, em especial, o Código de Ética Médica. As principais atribuições do profissional estão elencadas no art. 1º[17] da Resolução CFM nº 1.342/91.

A mesma resolução também estabelece, em seu art. 3º[18] as competências do Diretor Clínico, que é o médico representante e

---

[17] Art. 1º da Resolução CFM nº 1.342/91 - As principais atribuições do Diretor Técnico são: a) zelar pelo cumprimento das disposições legais e regulamentares em vigor; b) assegurar condições dignas de trabalho e os meios indispensáveis à prática médica, visando o melhor desempenho do Corpo Clínico e demais profissionais de saúde, em benefício da população usuária da instituição; c) assegurar o pleno e autônomo funcionamento das Comissões de Ética Médica; d) cientificar à Mesa Administrativa da instituição das irregularidades que se relacionem com a boa ordem, asseio e disciplina hospitalares; e) executar e fazer executar a orientação dada pela instituição em matéria administrativa; f) representar a instituição em suas relações com as autoridades sanitárias e outras, quando exigirem a legislação em vigor; g) manter perfeito relacionamento com os membros do Corpo Clínico da instituição; h) supervisionar a execução das atividades de assistência médica da instituição; i) zelar pelo fiel cumprimento do Regimento Interno do Corpo Clínico da instituição.

[18] Art. 3º da Resolução CFM nº 1.342/91 - São atribuições do Diretor Clínico: a) Diretor e coordenar o Corpo Clínico da instituição. b) Supervisionar a execução das atividades de assistência médica da instituição. c) Zelar pelo fiel cumprimento do Regimento Interno do Corpo Clínico da instituição.

coordenador do corpo clínico no concerto administrativo do hospital, Dentre suas principais funções está coordenar e supervisionar todo o serviço de assistência médica prestado pela instituição.

Como se percebe, as funções atribuídas a cada um dos profissionais da direção técnica e clínica são bem abrangentes, e induzem na responsabilização deste professionais não somente perante o Conselho de classe, mas também perante o Judiciário no que se refere ao âmbito de competência de cada uma das direções.

Em que pese a distribuição das competências de cada uma estar claramente delimitada na Resolução CFM nº 1.342/91, não raramente há um conflito não só entre as competências, mas também entre as nomenclaturas dos cargos, e, por vezes, os cargos de direção clínica e direção técnica são tratados como sinônimos. Neste sentido, vejamos o que no próprio Manual do Diretor Técnico, elaborado pelo Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro[19], consta uma possível abertura para que se adote uma ou outra nomenclatura:

> Desse modo, quem responde por irregularidades praticadas em nome dos estabelecimentos de saúde, quando configurada a infração, é o seu diretor técnico e principal responsável. Assim a empresa nunca responde como parte denunciada em um processo ético-disciplinar, mas o seu Diretor Clínico ou Diretor Técnico, conforme a designação que lhe derem, cargo esse que deve ser ocupado sempre por médico, conforme a legislação em vigor.

Neste sentido, e considerando que a discussão a respeito da nomenclatura de cada um dos cargos não constitui objeto central do presente trabalho, e que, por outro lado, certificar-se de que o profissional é competente para a edição dos referidos Procedimentos

[19] CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Manual do diretor técnico / org. pelo CPEDOC. - 5. ed., rev.,atual. e ampl. - Rio de Janeiro, 2006, p. 24.

Operacionais Padrão, no caso em tela, é essencial; adota-se aqui, como recorte espacial, um hospital no qual o corpo clínico não ultrapasse trinta médicos, e por esta razão, nos termos do art. 8º, §3º, da Resolução nº 2.147/2016, do Conselho Federal de Medicina, pode o mesmo médico acumular as duas diretorias, e consequentemente, as competências, o que nos interessa aqui.

Continuando a tarefa de se certificar da competência do profissional, em que pese a resolução que distribui as competências não apontar explicitamente que uma ou outra diretoria possui competência para editar atos de normatização/padronização internos, não há como negar que a norma deixa uma margem de liberdade para que o profissional possa de alguma forma padronizar o serviço de assistência médica e de certa forma facilitar inclusive a supervisão, que é função da direção. Pode-se dizer que existe aqui uma norma geral de competência atribuindo, ao médico que ocupa a direção, uma competência genérica para atuar neste casos fixando balizas/ parâmetros para todo o corpo clínico. As normas gerais, nos ensinamentos de JOSÉ AFONSO DA SILVA,

> não regulam diretamente situações fáticas, porque se limitam a definir uma normatividade genérica a ser obedecida pela legislação específica federal, estadual e municipal: direito sobre direito, normas que traçam diretrizes, balizas, quadros, à atuação legislativa daquelas unidades da Federação.[20]

No caso em tela, se trata de uma resolução que atribui, por meio de comandos normativos gerais, a competência para o diretor da unidade pública editar procedimentos de padronização.

Neste sentido, comprovada competência para edição do POP, MARCOS AZEREDO FURQUIM WERNECK e outros, defendem que os protocolos conferem atualidade e direção de caráter clínico ou de

[20] SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 280.

estruturação do cuidado, todavia, trata-se de uma decisão de gestão, que surge através da avaliação de situação rotineira, com a reflexão sobre o cenário encontrado e uma decisão no sentido de resolver um problema, elaborar propostas, enfim, no sentido de orientar o trabalho[21]. Ou seja, a partir do momento que se trata de medida de gestão, oriunda da observância rotineira, automaticamente, estará inserida na competência daquele que possui capacidade técnica para exercer o ato e está em contado com aquela rotina, ou seja, os responsáveis pela direção.

Desta forma, neste momento em que está devidamente superada a questão da competência para edição de Procedimento Operacional Padrão ou Protocolo Clínico, resta agora identificar o profissional de direção dentro da estrutura hierárquica de tomada de decisão.

1.3 A posição do Diretor dentro da escala de tomadores de decisão

Uma vez analisadas tanto a origem como as atribuições do médico que exerce o cargo de Diretor Técnico e Clínico de uma unidade Hospitalar, cabe no presente momento identificar o nível que este profissional ocupa dentro da estrutura escalonada de tomada de decisão, todavia, para se estabelecer tal ponto, será feita uma associação com a divisão feita por ANDRÉ SADDY[22], citando MICHAEL K. BROWN.

Segundo o autor, pode-se dividir aqueles que possuem poder decisão dentro da administração pública em três níveis. No nível mais alto estaria a "administração de elite", gozando de uma ampla autonomia decisória, há, neste nível, uma alta influência da política; no segundo nível estão os "diretores ou supervisores", que possuem uma liberdade de atuação mais limitada à medida que estão influenciados pelas restrições políticas, todavia, a aplicação e ainda a eficácia dos controles administrativos dependerão das decisões deste segundo nível; por fim,

[21] WERNECK, Azeredo Furquim; FARIA, Horácio Pereira de; CAMPOS, Kátia Ferreira Costa. Protocolos de cuidado à saúde e de organização do serviço. CEABSF. Belo Horizonte: Coopmed, 2009, p. 55.

[22] SADDY, 2014, op. cit., p. 312

os "agentes de campo ou das ruas", que, embora não possuírem uma grande liberdade para tomar decisões relacionadas às políticas públicas, à gestão administrativa, entre outros, possuem, ainda assim, uma grande margem de autonomia, especialmente nas decisões do dia a dia[23], mas sua atitude depende do alcance de suas reponsabilidades, funções e ainda das restrições impostas pelos níveis mais altos.

Ainda no tocante a análise dos diferentes níveis de tomadores de decisão, voltando-se, neste momento, para a seara policial, SÉRGIO FOSTER PERDIGÃO[24], também citando MICHAEL K. BROWN, defende a existência de três níveis de escalonamento na polícia: (i) agente especial; (ii) diretor e supervisor; e (iii) agentes de campo. O primeiro seria o agente público responsável pelo estabelecimento das políticas públicas, o que no Brasil significaria Ministros e Secretários. Os diretores e supervisores seriam aqueles que efetivamente planejariam as ações policiais, bem como sua execução. O autor aponta então que seriam os subsecretários e superintendentes. Por fim, os agentes de campo seriam os policiais responsáveis pelo policiamento ostensivo nas ruas.

Utilizando-se das classificações já apresentadas, a primeira se referindo a administração pública em geral e a segunda especificamente à seara policial, e transportando-as à estrutura das dos hospitais públicos brasileiros, poderia se dizer que o primeiro escalão, é ocupado pelo Ministério da Saúde e pela Agência Nacional de Saúde, pelas Secretárias Estaduais e Municipais. O segundo nível, dos diretores e supervisores, seria ocupado pelas direções técnicas, clinicas, administrativas e executivas dos Hospitais Públicos, incluí- se aqui ainda a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH), que é uma Empresa Pública de Direito Privado, criada pela Lei nº 12.550, de 15 de dezembro

---

[23] Essas decisões do dia a dia, rotineiras, geralmente estão ligadas ao que André Saddy irá chamar de "apreciatividade".

[24] PERDIGÃO, Sérgio Foster. A Subjetividade do alto escalão da polícia e o planejamento como critério limitador de sua extensão. In: SADDY, André (Coord.). Discricionariedade Policial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 55.

de 2011, e tem como finalidade principal gerenciar os hospitais universitários federais e prestar apoio às universidades na gestão deles. Por fim, no último escalão estão os médicos que atendem diretamente ao público.

Diante do exposto, aqueles ocupantes dos cargos de direção técnica de uma unidade hospitalar, e que são o objeto do presente estudo, estão inseridos neste segundo escalão de tomadores de decisão, gozando assim de grande margem de liberdade de decisão.

2. Os Procedimentos Operacionais Padrão (POPs)

2.1 Definição

A utilização dos procedimentos de padronização não é um recurso dos dias de hoje, bem pelo contrário, conforme aduz S. H. WOALF e outros, citados por JOCELY MÁRCIA DE ARAÚJO, na Inglaterra, já são usados desde a década de 1970, e, com o passar do tempo, foram cada vez mais utilizados, em especial como forma para implantação do cuidado baseado na efetividade. No Brasil, aduz a autora que desde 1998, no Hospital das Clínicas de Porto Alegre, já é possível observar a utilização de tais procedimentos.[25] Cumpre-nos agora, buscar a definição para tal procedimento de padronização.

[25] ARAÚJO, Jocely Márcia de. Construção, composição e implantação de protocolos clínicos nas ações de atenção primária. (Trabalho de Conclusão de Curso). Curso de Especialização em Atenção Básica em Saúde da Família. Universidade Federal de Minas Gerais, Corinto, MG, 2011, p. 18.

Na definição[26] apresentada pela Agência Norte Americana de Proteção ao Meio Ambiente[27], um POP é um conjunto de instruções escritas que detalham uma rotina, ou atividade repetitiva seguida por uma organização. Segundo a Agência, o desenvolvimento e utilização de procedimentos padrão é parte integrante de um sistema de qualidade bem sucedido, pois fornece aos indivíduos a informação para realizar um trabalho corretamente e facilita a consistência na qualidade e integridade de um produto ou resultado final[28].

---

[26] Neste momento, utiliza-se a definição dada por uma agência de proteção ambiental não porque se aduz uma relação entre ela e o meio hospitalar, no qual se insere o presente trabalho, mas sim porque se o Procedimento Operacional Padrão, possui a mesma definição em qualquer área que se insira, ainda que editado por razões específicas de cada área.

[27] Conforme se depreende do texto original: "*A Standard Operating Procedure (SOP) is a set of written instructions that document a routine or repetitive activity followed by an organization. The development and use of SOPs are an integral part of a successful quality system as it provides individuals with the information to perform a job properly, and facilitates consistency in the quality and integrity of a product or end-result. The term "SOP" may not always be appropriate and terms such as protocols, instructions, worksheets, and laboratory operating procedures may also be used".* (UNITED STATES ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY. EPA/600/B-07/001: Guidance for Preparing Standard Operating Procedures (SOPs). Washington: Office of Environmental Information, 2007. 60 p. Disponível em: <https://www.epa.gov/sites/production/files/2015-06/documents/g6-final.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2017, p. 1)

[28] Em alguns momentos é possível perceber que o conceito de um POP se aproxima muito de conceitos atribuídos, em outras obras, a termos distintos dos aqui elencados. Por exemplo, o termo "resolução" é definido por JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G. como aquele instrumento que *"dispone a través de qué órganos deberá llevarse a cabo esta actividad, bien sea asignando obligaciones a los órganos ya existentes, bien ordenando la creación de órganos especiales el Comité de Riesgos y la unidad integral de gestión de riesgos"*(HERNÁNDEZ G, José Ignacio. Regulación Bancaria y Libertad Económica en Venezuela. Análisis de la Regulación Bancariaentre 2001 y 2009. In: SADDY, André; MARTÍNEZ, Aurilivi Linares. Estudos sobre Regulação e Crises dos Mercados Financeiros. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 570). Em outra passagem OMAR E. VICTORIA CONTRERAS, se refere aos manuais com conotação de forma de padronização interna – "l*as entidades deben contar con*

Segundo a entidade de proteção ambiental norte americano, o termo "Procedimento Operacional Padrão" pode nem sempre ser apropriado e termos como protocolos, instruções, planilhas e procedimentos operacionais de laboratório, que também poderiam ser usados.

GISELLE PATRÍCIA GUERRERO, LÚCIA MARINILZA BECCARIA e MARIA AUXILIADORA TREVIVIZAN, ressaltam a importância de tais procedimentos para a padronização de determinados processos à medida que os POPs descrevem cada passo crítico e sequencial que deve ser adotado pelo operador para se atingir o resultado esperado da tarefa, além disso, elenca as técnicas, que consiste na disposição pela qual se faz determinadas ações com a ajuda de regras verídicas[29].

Segundo L. P. VAN REEUWIJK e V. J. G. HOUBA, um POP para um laboratório pode ser definido como "um documento que descreve as operações recorrentes, regularmente, relevantes para a qualidade da investigação. O objetivo de um POP é realizar as operações corretamente e sempre da mesma maneira, por isso ele deve estar disponível no local onde o trabalho é feito"[30]

---

políticas escritas actualizadas en todo lo relativo a la concesión de créditos, régimen de inversiones, evaluación de la calidad de los activos, suficiencia de provisiones, y administración de los diferentes riesgos. Deben asimismo, contar con um manual interno de procedimento".(CONTRERAS, Omar E. Victoria. La Regulación Pública de la Autorregulación en el Sector Financiero: el Gobierno Corporativo como Paradigma. In: SADDY, André; MARTÍNEZ, Aurilivi Linares. Estudos sobre Regulação e Crises dos Mercados Financeiros. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 413). Em ambos os casos, assim como no POP, se utiliza "Resolução" e "Manual" para a criação de procedimentos de padronização internos.

[29] GUERRERO, Giselle Patrícia; BECCARIA, Lúcia Marinilza; TREVIZAN, Maria Auxiliadora. Procedimento Operacional Padrão: utilização na assistência de enfermagem em serviços hospitalares. Revista Latino Americana de Enfermagem, Ribeirão Preto, v. 6, n. 16, p.1-7, dez. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rlae/v16n6/pt_05.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2017, p. 2.

[30] Texto original: "*A Standard Operating Procedure is a document which describes the regularly recurring operations relevant to the quality of the investigation. The*

JOCELY MÁRCIA DE ARAÚJO esclarece que "os protocolos são rotinas dos cuidados e das ações de gestão de um determinado serviço, equipe ou departamento, elaboradas, a partir do conhecimento científico atual, respaldado em evidências científicas, por profissionais experientes e especialistas da área".[31]

Diante do exposto, pode-se dizer que um POP é um procedimento de uniformização de determinados fatos que são recorrentes/ rotineiros no dia a dia da instituição, visando, com isso que determinados objetivos sejam alcançados.

No que se refere especificamente a área da saúde, em especial ao funcionamento hospitalar, cumpre ainda fazer uma última observação. Pode-se dizer que os POPs podem ser chamados de "protocolos clínicos", nos termos do art. 5º, inciso XXI, da Portaria nº 3.390, de 30 de dezembro de 2013, do Ministério da Saúde. Tal normatização institui a Política Nacional de Atenção Hospitalar (PNHOSP) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), e ao definir os protocolos clínicos, percebe-se claramente, estar se referindo aos Procedimentos de Padronização objeto desta análise, neste sentido, define-se protocolo clínico como "documento que normaliza um padrão de atendimento a determinada patologia ou condição clínica, identificando as ações de prevenção, diagnóstico, tratamento e reabilitação". Diante de tal definição, claramente se percebe que é um procedimento de padronização, como o POP.

---

purpose of a SOP is to carry out the operations correctly and always in the same manner. A SOP should be available at the place where the work is done". (VAN REEUWIJK, L.P.; HOUBA, V.J.G. (Comp.). Guidelines for Quality Management in Soil and Plant Laboratories. Roma: FAO and ISRIC, 1998. Disponível em: <http://www.fao.org/docrep/W7295E/w7295e00.htm#Contents>. Acesso em: 09 jan. 2018.)

[31] ARAÚJO, op. Cit., p. 9.

2.2 Objetivos

O POP auxilia na organização da instituição, permitindo uma melhoria na qualidade e obtenção de resultados, neste sentido, GISELLE PATRÍCIA GUERRERO, LÚCIA MARINILZA BECCARIA e MARIA AUXILIADORA TREVIVIZAN, sinalizam que:

> A falta de padronização dos procedimentos, inexistência de normas e rotinas e a não utilização de metodologia da assistência de enfermagem podem indicar desorganização do serviço de enfermagem devido às diferentes formas de conduta profissional. Por isso os padrões são definidos visando o estabelecimento das diretrizes para o controle e melhoria contínua da qualidade, e os cuidados padronizados são diretrizes detalhadas que representam o atendimento previsível, indicado para situações específicas o que irão impulsionar as organizações para o desenvolvimento da melhoria de seus processos e resultados.[32]

Acrescentando, o guia para preparo de um Procedimento Operacional Padrão, da Agência de Proteção ao Meio Ambiente dos Estados Unidos, preceitua que "o desenvolvimento e o uso de POPs minimizam a variação e promovem a qualidade através da implementação consistente de um processo ou procedimento dentro da organização, mesmo que haja mudanças de pessoal temporárias ou permanentes".[33]

A Agência Nacional de Saúde Suplementar[34], ente subordinado ao Ministério da Saúde, em cartilha denominada "Implantação de diretrizes

---

[32] GUERRERO; BECCARIA; TREVIZAN, op. cit., p. 2.

[33] UNITED STATES ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY, op. cit., p. 1-2.

[34] Em que pese tratar da saúde suplementar, cabe deixar claro que o presente estudo tem como objetivo trabalhar exclusivamente com os Procedimentos Operacionais Padrão editados no âmbito dos hospitais públicos, e pelo médico ocupante de cargo de direção.

e protocolos clínicos", estabelece que os protocolos são usados na "padronização e sistematização das condutas, melhorando as práticas dos profissionais de saúde, minimizando a variabilidade dos processos assistenciais e a solicitação de exames e procedimentos desnecessários." Além disso, tem-se o uso na "supervisão, monitoramento e acompanhamento da qualidade das ações e serviços em saúde prestados pela instituição hospitalar, incentivando a excelência profissional, o uso eficiente de recursos e o atendimento às necessidades dos pacientes."[35]

Desta forma, detendo a análise estritamente aos procedimentos de padronização editados pela diretoria da unidade pública, além dos benefícios acima descritos, pode-se dizer que ao estabelecer uma rotina padronizada até mesmo as funções de supervisão da atividade de assistência médica ficam mais simples, garantindo maior segurança para o diretor que o responsável por tal supervisão. Diante disse, pode-se dizer que além do exposto, um dos objetivos que o POP cumpre é dar maior segurança aos superiores responsáveis pela fiscalização dos atos médicos na unidade hospitalar.

Ultrapassando os objetivos comuns a qualquer Procedimento Operacional Padrão, não se pode esquecer que no caso em tela, trata-se de padronização no âmbito da Administração Pública, razão pela qual, devem ser lembrados os princípios estruturantes do Direito Administrativo, os quais cumprem, no caso em tela, uma função dúplice: de objetivo do POP, mas também de limite[36] à liberdade de atuação do diretor. Neste sentido, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ensina que os princípios gerais do direito são de observância obrigatória pela Administração, e se corresponderem a valores consagrados no

---

[35] BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Ministério da Saúde. Implantação de Diretrizes e protocolos clínicos. 2012. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/prestadores/E-EFT-01.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018.

[36] No tocante aos limites vale destacar que o próprio Procedimento Operacional Padrão constitui um limite a atuação do profissional médico da unidade hospitalar em que tenha sido editado, conforme será tratado no próximo item.

preâmbulo da Constituição ou mesmo decorrem implícita ou explicitamente de suas normas, o ato administrativo que os contrarie padecerá do vício de inconstitucionalidade.[37]

Diante disso, cumpre assinalar que os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, insculpidos no caput do artigo 37 da Constituição Federal, atuam de certa forma, como limites[38] a atuação do profissional técnico, mas, ao mesmo tempo, como objetivos do ato que cria uma padronização.

2.3 A vinculatividade39 do POP e a autovinculação

Neste momento do estudo, cabe um questionamento importante: os Procedimentos Operacionais Padrão, quando existentes na unidade pública de saúde, são vinculantes para os profissionais daquele local?

A resposta ao questionamento não parece guardar unanimidade. Todavia, primeiro, vejamos brevemente, como se comporta a questão da vinculação ao conteúdo de POPs para laboratórios. L. P. VAN REEUWIJK e V. J. G. HOUBA, estabelecem que são instruções compulsórias, e que qualquer desvio deve ser autorizado e devidamente justificado e ter seu processo guardado.[40] Desta forma, ao se editar um POP no laboratório, deveriam todos segui-lo, a menos que seja

---

[37] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 172.

[38] O ponto específico dos limites da atuação administrativa pode ser visto com maior profundidade e completude na obra: SADDY, André. Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

[39] Em que pese ficar claro através da leitura, vale destacar que o presente tópico irá trabalhar com a questão da vinculatividade no sentido de ter o corpo clinico que seguir o determina o POP ou não.

[40] VAN REEUWIJK, L.P; HOUBA, V.J.G. (Comp.). Guidelines for Quality Management in Soil and Plant Laboratories. Roma: FAO and ISRIC, 1998. Disponível em: <http://www.fao.org/docrep/W7295E/w7295e00.htm#Contents>. Acesso em: 09 jan. 2018.

demandada, de forma extraordinária uma ação diferente, devendo esta ser autorizada e justificada, para que, desta forma, se desvie, do que dispõe o POP.

Em sentido semelhante ao que ocorre nos laboratórios, todavia conotando um menor grau de vinculatividade a Resolução nº 17, de 27 de maio de 1987, do Conselho Regional de Medicina do Estado Rio de Janeiro, em seu art. 7º, dispõe que embora ser de exclusiva competência do médico a prescrição da medicação para cada caso, é recomendado que ele observe os protocolos de padronização adotados pela instituição, desde que tais procedimentos não comprometam o tratamento do paciente.[41]

De outro lado, em contraposição à Resolução n 17 e prezando por uma autonomia quase irrestrita, o Código de Ética Médica, aprovado pela resolução CFM Nº 1.931/2009, traz em seus princípios fundamentais a autonomia profissional do médico. Neste sentido o inciso VIII do Capítulo I do dispositivo acima, prescreve que "o médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho".

Corroborando o exposto, CARLA BARBOSA e MAFALDA FRANCISCO MATOS, destacam que a atividade médica rege-se pelo princípio da liberdade terapêutica, que segundo as autoras, tal princípio "confere aos profissionais independência, autonomia, isenção e liberdade nas suas escolhas terapêuticas, nas suas prescrições, de acordo com a ciência e a sua consciência"[42]. Neste sentido, inexistiria qualquer

---

[41] Vale aqui, a título de curiosidade, esclarecer que dentre todos os materiais consultados para a presente pesquisa, esta foi uma das únicas passagens na qual se viu a defesa de uma determinada vinculação do profissional médico.

[42] BARBOSA, Carla. MATOS, Mafalda Francisco. Prescrição off-label, direito à informação, consentimento informado e processo clinico eletrónico no direito português. Caderno Ibero-Americano Direito Sanitário, Brasília, 5(3):157-179, jul./set, 2016. http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v5i3.329, p. 165.

forma de padronização que vinculasse o médico quando da adoção de um ou outro procedimento.

Todavia, em que pese tal ponto, em se tratando de uma unidade hospitalar pública, que, conforme já se viu, rege-se pelos princípios norteadores do Direito Administrativo, e ainda que, um dos objetivos dos Procedimentos Operacionais Padrão é o atendimento ao que dispões o arcabouço principiológico inerente a Administração Pública, defende-se aqui a vinculatividade de tal ato de padronização para os profissionais médicos, ressalvando apenas as hipóteses nas quais o caso específico requeiram procedimentos diversos. Desta forma, ao se defender que o conteúdo do POP é obrigatório para os médicos da unidade hospitalar pública em que ele (POP) foi editado, pode-se abordar a questão da autovinculação[43] exercida por tais procedimentos de padronização.

OMAR E. VICTORIA CONTRERAS, define a autorregulação como "aquela que se caracteriza pela a intervenção pública condicionando ou 'vinculando' a ação do sujeito autorregulado"[44]. Segundo ANDRÉ SADDY, a ideia de autovinculação[45] ocorre quando o órgão que detém determinada margem de liberdade para decidir alguma matéria limita esse poder, fixando balizas para os casos futuros. Neste sentido, o autor ensina que a autovinculação

> cria bases para harmonizar condutas futuras e cria a possibilidade de tratamento igual a situações materialmente idênticas, respeitando o princípio da igualdade. Ademais, a autovinculação propicia maior seguridade jurídica aos cidadãos, principalmente com

[43] Pode ser chamada também de autorregulação.

[44] CONTRERAS, Omar E. Victoria. La Regulación Pública de la Autorregulación en el Sector Financiero: el Gobierno Corporativo como Paradigma. In: SADDY, André; MARTÍNEZ, Aurilivi Linares. Estudos sobre Regulação e Crises dos Mercados Financeiros. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 413.

[45] A possibilidade de autovinculação não guarda consenso doutrinário, havendo divergência a respeito de ser possível ou não que a administração restrinja essa margem de liberdade. (Cf. SADDY, André. Limites à tomada de decisão e Controle Judicial da Administração Pública. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016, p. 191 et. seq.)

> relação à tutela das expectativas legítimas. Além disso, o princípio da boa-fé será respeitado sempre que não haja violação do instrumento de autovinculação.[46]

Neste sentido, trabalhando o conceito de autovinculação dentro dos Procedimentos Operacionais Padrão dos hospitais públicos, pode-se afirmar que este ato interno de normatização é uma forma da Administração Pública limitar suas opções de atuação, ou seja, reduzir a margem de liberdade que lhe é conferida, através do estabelecimento de balizas a serem seguidas por todo o corpo clínico da unidade hospitalar em que se editou o referido POP. Por esta razão o ato de padronização se mostra claramente como uma de autorregulação da Administração.

3. Análise das subjetividades públicas

3.1 Elementos introdutórios

Até o momento se expôs, no primeiro item, a criação do cargo de direção técnica e também as funções de tal profissional, bem como sua localização hierárquica dentro da estrutura de tomadores de decisão. No segundo momento, se trabalhou com os Procedimentos Operacionais Padrão, buscando clarificar seu conceito, objetivos e a ideia de serem vinculativos e ainda a questão da autovinculação. Sendo assim, foram expostos nestes dois tópicos os elementos essenciais que permitem, neste momento, adentrar no ápice deste trabalho, que consiste na identificação dos tipos de subjetividades públicas envolvidas na liberdade de atuação do Diretor Técnico ao decidir o momento para editar um Procedimento Operacional Padrão, e também em determinar o conteúdo deste.

Já vimos na introdução deste trabalho que a doutrina divide as subjetividades públicas em três esferas, e ainda que o presente se insira no âmbito da subjetividade pública administrativa. Todavia, cumpre ressaltar que é possível que haja uma atuação atípica de um poder quando

[46] SADDY, 2016, op. cit, p. 192.

este atua em função que é originalmente de outro. Neste entendimento, afirma EVA DESDENTADO DAROCA que embora a Administração possuir suas atividades típicas, existe casos em que atua atipicamente[47]. Independente de tal fato tem-se que a vontade administrativa sempre se manifesta por meio de uma atuação vinculada ou por meio de uma subjetividade ou autonomia, que segundo ANDRÉ SADDY pode ser atribuída de uma das quatro formas a seguir: atuação vinculada, margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados; liberdade de conformação; discricionariedade e apreciatividade. Diante disso, continua o autor esclarecendo que qualquer atribuição da Administração será classificada sempre em uma única categoria, nunca mais de uma.[48]

Convém ainda acrescentar mais um aspecto importante na identificação da subjetividade, que é a estrutura da norma[49]. Atualmente, se considera que norma engloba três elementos: "uma previsão (hipótese), que reporta às condições do sentido de dever ser; um operador deôntico, relativo à modalidade de dever ser que a norma incorpora; e uma estatuição (consequência jurídica), elemento relativo ao campo de incidência do sentido do dever ser"[50]. Através da análise desses três

---

[47] Segundo Eva Desdentado, "*desde el punto de vista de la actividad que se desarrolla, la distinción es certamente difícil. Tanto em la actividad jurisdicional como em la administrativa existe uma actividad de aplicación de la ley a um supuesto de hecho. Pues bien, en el exercicio de esta función la Administración opera discrecionalmente, pero no com la discrecionalidad que hemos caracterizado como propriamente administrativa, sino com uma discrecionalidad 'jurídica' o 'débil' equivalente a la que hemos caracterizado como propriamente judicial*."(DESDENTADO DAROCA, op. cit., p . 79-80.)

[48] SADDY, 2014, op. cit., p. 41 - 42

[49] A partir da análise da estrutura da norma é possível identificar em qual elemento que se têm a existência ou não de uma margem de liberdade, e, considerando ainda que as subjetividades aparecem em elementos diferentes da norma, é este mais um ponto de diferenciação para auxiliar na identificação das subjetividades que este trabalho se propõe a fazer.

[50] SADDY, André. Intervenção direta do Estado na economia: uma análise do caput do art. 173, da Constituição brasileira. Revista de Direito Administrativo: Rio De Janeiro, v.269, p. 107 – 138, maio/ago.2015, p. 113-114.

elementos da estrutura da norma, pode-se verificar, no caso em tela, em qual deles existe uma determinada liberdade, e ainda, juntamente com os demais requisitos de cada tipo de subjetividade, identificar aquelas presentes na atuação do diretor da unidade hospitalar.

Sendo assim, o presente momento será dedicado à exposição de cada uma dessas subjetividades, bem como o tratamento doutrinário dado a cada um desses institutos pela doutrina, sendo possível confrontar o ensinamento doutrinário com a prática da atuação de um diretor técnico de hospital público para identificar as liberdades envolvidas em dois momentos da conduta deste profissional: (I) a subjetividade que goza no momento em que decide editar um Procedimento Operacional Padrão; e (II) aquela que usufrui ao determinar o conteúdo de determinado procedimento de padronização.

3.2 A discricionariedade e a atuação do Diretor

O conceito de discricionariedade é um tema que já foi debatido pela doutrina mundial, e ainda assim continua a despertar trabalhos inovadores ou com abordagens inéditas. No presente, não nos preocupa, de forma alguma tentar definir "discricionariedade", mas sim trabalhar com os conceitos já existentes a fim de verificar sua presença ou não na atuação do profissional de direção ao editar um Procedimento Operacional Padrão.

A discricionariedade administrativa, enquanto espécie do gênero subjetividade pública, segundo EVA DESDENTADO DAROCA, pode ser entendida como um poder atribuído pelo ordenamento jurídico a Administração e se traduz em uma possibilidade de escolha entre diferentes alternativas dentro dele (ordenamento), de tal forma que a administração encontra-se legitimada para a adoção e desenvolvimento de uma determinada política de atuação. E a autora, continua, concluindo que a única fonte de discricionariedade administrativa é o Direito, ainda assim, o exame para saber se houve atribuição ou não, não pode se deter à norma habilitadora, devendo se considerar o todo, pois pode ser que

existam limitações ou ainda que no fim reste apenas uma opção e assim desapareça a discricionariedade.[51]

No entender de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, pode-se definir a discricionariedade como a margem de liberdade que resta ao agente público, para escolher um entre dois ou mais comportamentos cabíveis para o caso real, levando em conta critérios razoáveis, e buscando satisfazer a finalidade legal da forma mais adequada possível, à medida que, pela inexatidão dos termos legais ou por mandamentos expressos[52], não seja possível chegar a uma única conclusão inquestionável.[53]

Os conceitos para a discricionariedade vão muito além dos apresentados, e muitas vezes não guardam consenso de uma doutrina para outra, todavia, em busca de aglutinar os elementos concordantes entre as principais referencias mundiais sobre o tema, dentre elas os dois autores acima, ANDRÉ SADDY chega a uma concepção de chama de "genérica", e que estabelece a discricionariedade administrativa como "a margem relativa de liberdade/ autonomia/ volição conferida por uma norma jurídica à Administração Pública para a adoção ou não da atuação, entre as opções oferecidas alternativas e/ou disjuntivamente, que melhor atenda aos interesses públicos".[54] Continuando o mesmo autor indica também outras características, que em sua análise, são inerentes à discricionariedade e que a fazem diferente de outras subjetividades. Neste sentido, tem-se: é outorgada de forma explícita; geralmente, requer um procedimento administrativo prévio; exige a motivação; a alternativa ou opção virá modelada através de um ato administrativo; exterioriza-se através de atos administrativos; geralmente quem toma a decisão e quem

---

[51] DESDENTADO DAROCA, op. cit., p. 84.

[52] Em que pese o autor atribuir tal tais termos ao conceituar a discricionariedade, concordando aqui com o que sustenta o Professor André Saddy, há uma confusão nos termos no qual se utiliza a ideia de conceitos jurídicos indeterminados na conceituação de discricionariedade. (Cf. SADDY, op. cit, p. 127 et. seq.)

[53] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 48.

[54] SADDY, 2014, op. cit., p. 132-133.

executa não são as mesmas pessoas; existe somente em condutas comissivas e a discricionariedade não possui natureza criadora, pois apenas elege opções que já existem.[55]

Partindo do exposto até o momento, o consenso que se chega, conforme salientado acima, é de que a discricionariedade administrativa decorre explícita e diretamente no Direito, e conforme ensina EVA DESDENTADO DAROCA, não de uma análise simples da norma, mas de uma análise de todo o ordenamento[56]. No caso da atuação do Diretor Técnico, quanto ao momento em que decide editar um procedimento, percebe-se que o ordenamento não confere a ele o dever[57] de atuação explicitamente, de forma que caberia a ele apenas escolher o momento de atuar. Desta forma, evidencia-se que a decisão do momento exato em que vai atuar decorre única e simplesmente da vontade pessoal do agente, ao perceber a necessidade local, razão esta que, aliada a outros elementos, vai nos remeter a outro tipo de subjetividade – a apreciatividade - que ainda veremos adiante.

Quanto à determinação do conteúdo do Procedimento Operacional, novamente não se tem no campo normativo opções igualmente válidas a serem escolhidas. Ao contrário, o processo de determinação do conteúdo do ato de organização e padronização se assemelha ao procedimento legislativo, no qual as escolhas, ainda que respeitem aos limites pré-estabelecidos, não se encontram devidamente balizadas pelos preceitos jurídico-normativos. Tais limites podem ser de ordem operacional, à medida que não se pode adotar um procedimento que, por exemplo, a instituição não tenha o equipamento necessário para realiza-lo; de ordem financeira, uma vez que não se pode adotar sempre o procedimento caro geraria um gasto excessivo de dinheiro público; ou ainda da ordem jurídica, à medida que deve respeitar os princípios da Administração Pública, dentre outras formas.

---

[55] Ibidem, p. 399 – 400.

[56] DESDENTADO DAROCA, op. cit., p. 84.

[57] O item 3.5 irá trabalhar com a questão de estar, o diretor, diante de um dever de editar o POP.

A respeito da determinação do conteúdo do Procedimento Operacional Padrão, pode-se acrescentar ainda que a subjetividade nele existente se localiza no terceiro elemento estruturante da norma – a consequência jurídica. Enquanto isso, conforme defende ANDRÉ SADDY, a discricionariedade se localiza no operador deôntico[58].

Por fim, não se pode ignorar que a maior vinculação com a qual os profissionais médicos estão ligados é o "saber científico". Saber este que é responsável por determinar no âmbito da abstração quais seriam aquelas eventuais possibilidades dentre as quais poderia o profissional técnico se filiar para editar o Procedimento Operacional Padrão, elemento este que fica, inclusive, fora que qualquer um dos elementos logico-estruturantes da norma jurídica, ou seja, fora até mesmo no mundo jurídico. Ainda assim, a escolha do profissional está limitada[59] pelos elementos normativos inerentes ao Direito Público e em especial ao Direito Administrativo, como os princípios.

3.3 A insuficiência dos conceitos jurídicos indeterminados enquanto fonte da autonomia do diretor

Sem dúvidas, no Direito são inúmeros os conceitos que não traduzem um único mandamento, ou um mandamento inquestionável diante de determinado fato[60]. Os conceitos jurídicos indeterminados estão por todos os lados, e sobre eles nasceu a chamada doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados, que muito se desenvolveu no direito

[58] Cf. (SADDY, 2014, op. cit., p. 195 et. seq.)

[59] Ressalta-se aqui a proibição da *malpraxis*, que segundo ANDRÉ SADDY consistiria no desrespeito ao conjunto de normas e critérios, escritos ou não, que definem a correção de uma conduta correta, permitindo valorar ou medir juridicamente se a conduta é adequada ou não. (SADDY, 2016, op. cit., p. 333)

[60] A palavra "fato" foi utilizada de forma generalizada para fazer referência aos elementos do Direito que permitem a existência de conceitos jurídicos indeterminados.

germânico[61]. Segundo ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, vai ser no direito administrativo que tais conceitos se mostrarão mais presentes, e tal fato se dá por causa da natureza da atuação da administração, que se pauta, muitas vezes, em atender às necessidades sociais.[62]

Em explicação aos conceitos jurídicos indeterminados, ANDRÉ SADDY assim ensina:

> As normas jurídicas se exteriorizam por meio de vocábulos, palavras, expressões, termos ou, como se costuma dizer genericamente: *"conceitos"* – que uma vez utilizados na norma jurídica podem ser determinados e/ou indeterminados. Os conceitos determinados delimitam o âmbito da realidade ao qual a norma se refere, de forma clara e específica, não suscitando qualquer dúvida quanto à sua aplicação, devendo, portanto, ser empregada indiscutivelmente no caso concreto. Já os conceitos indeterminados são utilizados na norma para designar vocábulos, expressões e termos que possuem sentidos imprecisos, diversos, subjetivos, vagos, indeterminados. São palavras que se referem a uma significação, mutável no tempo e no espaço. Tais *"conceitos"* e outros como *"cláusulas gerais"*, *"conceitos tipológicos"* (*Typusbegriffe*), *"tipos discricionais"* (*Ermessenstatbestand*) e certos conceitos que atribuem à Administração uma margem de valoração, os designados *"preceitos poder"* ou *"preceitos de poder"* (*Kann-Vorschrift*), muitas vezes, produzem dificuldades na interpretação e compreensão da norma. Finalmente, as palavras por seu aspecto linguístico possuem limitações, mas o fato é que não se pode renegá-las, devendo-se trabalhar para dar-lhes maior ou menor precisão.
>
> Muitas são as expressões utilizadas pela doutrina para ilustrar o fenômeno da indeterminação. Vago, fluido,

---

[61] SOUSA, António Francisco de. Os "conceitos legais indeterminados" no Direito Administrativo Alemão. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.166, p.276-291, out./dez. 1986, p. 277 - 278.

[62] Ibidem, p. 276.

> elástico, impreciso ou indeterminado, são exemplos de tais expressões. No plano da linguagem comum, tais expressões poderiam ser consideradas sinônimas. No entanto, além de se entender que exista distinção a cada uma dessas expressões, opta-se por utilizar a expressão incerteza semântica como o gênero que gera tais formas de linguagens. Importa saber que todo o conceito pode possuir certa indeterminação, portanto, o que interessa aqui é o grau de indeterminação. Por tal motivo, pareceria inapropriado distinguirem-se os conceitos determinados dos indeterminados, conquanto seja verdade que todo o conceito pode ser considerado indeterminado, mas, quando a doutrina se refere aos conceitos jurídicos indeterminados em sentido estrito, com esse modo de colocar se faz referência exclusivamente àqueles conceitos que possuem o grau mais elevado de indeterminação.
>
> São três as incertezas semânticas responsáveis pelas dificuldades de determinação dos sentidos normativos: a polissemia, a vagueza e a textura aberta.[63]

Diferentemente da discricionariedade, na autonomia concedida pelos conceitos jurídicos indeterminados se tem a liberdade de atuação exatamente no espaço impreciso, incerto ou vago deixado pelos sentidos normativos. Neste sentido, a interpretação desse espaço deixado pelos conceitos jurídicos indeterminados gera uma divisão da doutrina, à medida que, de um lado, a teoria da unicidade, cujo principal defensor foi FRIEDRICH TEZNER, sustenta que toda vez que se tem um caso real a aplicação dos conceitos indeterminados permite chegar a apenas uma solução correta. De outro lado, oposto, e tendo como principal defensor EDMUND BERNATZIK, a teoria da duplicidade advoga a possibilidade de se chegar a mais de uma opção correta quando da aplicação dos conceitos indeterminados.[64]

Segundo MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, uma das características essenciais do conceito jurídico indeterminado reside no

[63] SADDY, op. cit., p. 227- 228.

[64] SOUSA, op. cit., p. 279.

fato dele não se referir a uma coisa certa, mas sim a um significado. Diante disso, aponta que outra característica surge em razão dessa primeira. Segundo a autora outro elemento marcante é a mutabilidade, que faz referencia à possibilidade de variação no tempo e espaço do significado de interesse público, que é o elemento norteador das ações administrativas.[65]

Isto posto, trazendo a análise doutrinária dos conceitos jurídicos indeterminados para o campo em que se propõe a analisar neste trabalho, cumpre-nos, agora, avaliar os dois momentos da conduta do diretor da unidade hospitalar: (I) a subjetividade que goza no momento em que decide editar um Procedimento Operacional Padrão; e (II) aquela que usufrui ao determinar o conteúdo de determinado procedimento de padronização.

Um dos elementos que devemos analisar para saber se é possível estarmos diante de um conceito jurídico indeterminado é analisar a norma de competência. Diante disso temos que os artigos 1º e 3º da Resolução CFM nº 1.342/91, que atribuem a competência ao diretor da unidade hospitalar pública com corpo clínico de até trinta médicos conferem atribuições explicitas, de forma que não se mostram presentes as três fontes de incerteza na determinação dos sentidos normativos, citadas por ANDRÉ SADDY[66] - "a polissemia, a vagueza e a textura aberta". Desta forma, em ambos os momentos que o presente trabalho se propôs a estudar, não foi possível identificar uma subjetividade oriunda de um conceito jurídico indeterminado.

Pela mesma razão já aduzida quando analisada a discricionariedade, percebe-se que a autonomia do profissional para decidir o momento de edição do POP não advém dos conceitos jurídicos indeterminados, pois a grande razão para está decisão é a necessidade identificada diante do caso real, através do contato diário, e o grande marco que define a conduta é fruto da subjetividade do agente, um

[65] DI PIETRO, op. cit., p. 97 – 98.

[66] Vide nota de rodapé 64.

processo decisório "mental", e não de uma norma ou da imprecisão de determinado conceito jurídico.

De forma semelhante, não se pode defender que a subjetividade para determinar o conteúdo de determinado procedimento de padronização seja conferida por conceitos jurídicos indeterminados, pois trata-se aqui de uma subjetividade semelhante a do legislador ao estabelecer uma norma, inclusive com características das decisões políticas tomadas pelo legislativo, e que vão nortear a atuação dos subordinados àquela instituição hospitalar, o que nos remeterá a outra fonte de liberdade que será analisada adiante.

Sendo assim, no presente item se percebe claramente que a conduta dos profissionais médicos, nos dois momentos propostos para análise neste trabalho, não se enquadra no que consistem os conceitos jurídicos indeterminados.

3.4 As categorias que conferem a subjetividade do diretor da Unidade Hospitalar

No presente trabalho, já analisadas duas das fontes de subjetividade, e constatado que não são aquelas presentes na atuação do Diretor da unidade hospitalar ao editar o Procedimento Operacional Padrão, defender-se-á, nas próximas linhas, que, no primeiro momento da conduta do profissional de direção, tem-se uma apreciatividade, enquanto isso, no segundo momento, que é a determinação do conteúdo do POP, tem-se uma liberdade de configuração.

A tese da apreciatividade foi sustentada por ANDRÉ SADDY. Segundo o autor, enquanto as outras subjetividades tem sua origem na norma jurídica, a apreciatividade provém da indeterminação do Direito, e pode ser definida como,

> aquela margem de liberdade que a Administração dispõe para adotar uma eleição/decisão, normalmente rápida e rotineira, ante situações de fato que assim requeiram. São os casos em que as garantias procedimentais praticamente

> não existem, seja por estar diante de um caso de ação não deôntica ou pela imediatidade da atuação. A motivação formal prévia tampouco existe nessas hipóteses, ainda que se possa motivar ou justificar a atuação ulteriormente.[67]

No que se refere à origem da apreciatividade o autor continua esclarecendo que "a apreciatividade, na realidade, é inferida da interpretação sistemática de um conjunto de normas. Deduz-se, portanto, da destinação da pretensão, isto é, da composição e do funcionamento dos órgãos competentes a determinar seu alcance".[68]

Em análise seminal, comparando a apreciatividade com a discricionariedade, sustentando que na verdade eram coisas distintas, o autor elencou importantes características de ambas as fontes de liberdade.

> [...] A discricionariedade é outorgada de forma explícita, a apreciatividade de forma implícita; na discricionariedade, normalmente, não se estabelece nenhum tipo de critério e/ou subcritério que guie sua conduta, na apreciatividade, comumente, tais critérios e/ou subcritérios existem previamente; a discricionariedade refere-se a ações deônticas, a apreciatividade a ações não deônticas; a discricionariedade requer um leito preestabelecido, por isso, exige-se um procedimento administrativo devido, na apreciatividade, não existe um procedimento administrativo prévio; na discricionariedade, exige-se motivação, na apreciatividade, não existe uma motivação formal prévia, ainda que se possa motivar ou justificar a atuação a posteriori; na discricionariedade, ao final, mediante um processo de eleição ou decisão, a alternativa ou opção deve vir modelada em um ato administrativo, a apreciatividade não possui necessariamente um ato administrativo formal ao final de sua execução; a discricionariedade exterioriza-se em atos administrativos, a apreciatividade na coação administrativa e na atividade

[67] SADDY, 2014, op. cit., p. 270.

[68] SADDY, 2014 op. cit., p. 279.

> técnica ou material da Administração; a margem de liberdade da discricionariedade é geral, a margem de liberdade da apreciatividade é normalmente em situações rotineiras, regulares e cotidianas realizadas com algum caráter imediato ou de urgência; na discricionariedade não se estabelecem nem critérios previamente estabelecidos, realiza-se apenas uma eleição ou decisão, na apreciatividade, há uma operação de discernimento ou ajuizamento para a aplicação da ordem, onde optará por critérios e subcritérios, ponderará seus interesses e fatores em conflito, e atribuirá pesos relativos às alternativas ou opções. [69]

A respeito da apreciatividade o autor ainda explica que:

> [...] o agente público se sujeita a um pressuposto fático, a seu juízo individual, a fim de valorar se encaixa ou não em algumas previsões legais, tendo assim uma liberdade de movimentos, dada, principalmente, a natureza imprevisível dos fenômenos da vida real que podem requerer sua intervenção. Tal margem de manobra não costuma vir explicitada nas normas jurídicas que habilitem a competência ou conduta, pois é inerente e natural de algumas funções, estando, portanto, implicitamente atribuída.[70]

Diante do exposto percebe-se que a apreciatividade é aquela liberdade que geralmente está associada ao agente administrativo que está em contato direto com o público, e que, de certa forma, acaba atuando por meio de seus próprios juízos para a realização de eleições ou tomadas de decisão sobre elementos rotineiros, regulares e cotidianos da atividade exercida por este agente. Por esta razão, normalmente se

[69] SADDY, 2014 p. 399 – 400.

[70] SADDY, 2014, p. 271.

associa a apreciatividade com os agentes de linha de frente, ou na terminologia de MICHEAL K. BROWN, "*street-level bureaucrats*"[71].

No caso em tela, da atuação do diretor de uma unidade hospitalar ao editar o Procedimento Operacional Padrão, primeiramente, já vimos que, dentro da hierarquia de tomadores de decisão da Administração Pública, ele se insere no segundo escalão - "diretores e supervisores", e não no mais baixo – "agentes de linha de frente". Diante disso, poderia se pensar que no momento que decide editar um POP, o médico diretor não teria sua liberdade proveniente de uma apreciatividade, à medida que, como se expôs, esta se associa, em geral, àqueles que atuam na linha de frente. Todavia, deve-se fazer uma ressalva, pois a necessidade de criação de um procedimento de padronização é visualizada a partir do contato direto com a rotina diária, ou seja, ainda que não ocupe um lugar na linha de frente, neste caso específico, atua diretamente em contato com aqueles que serão os destinatários[72] diretos dos POPs, semelhante a atuação dos agentes do terceiro escalão.

Cabe acrescentar ainda, que, ao analisar a estrutura da norma de competência, tem-se que a subjetividade para se decidir o momento exato em que vai editar o POP se localiza na consequência jurídica, terceiro elemento da norma, de forma, que a apreciatividade enquanto defendido por ANDRÉ SADDY, também pode estar neste elemento, da mesma forma como nos outros dois elementos – hipótese e operador deôntico. Desta forma, não há contradição ao que defende o autor da tese da apreciatividade administrativa.[73]

---

[71] BROWN, Michael K. Working the street: police discretion and the dilemmas of reform. New York: Russell Sage Foundation, 1988, p. 30 – 31.

[72] A palavra "destinatários" foi usada para fazer referência ao fato de que os Procedimentos Operacionais Padrão, editados em uma unidade hospitalar, têm como objetivo padronizar determinadas atuações do próprio corpo clínico. Neste sentido, ao atuar diariamente, o médico diretor vai estar em contato direto com seus jurisdicionados, semelhante aos agentes de linha de frente que atendem diretamente ao seu público, no caso, os cidadãos.

[73] SADDY, 2014, op. cit., p.399.

Além do exposto, deve-se acrescentar que os elementos referentes ao momento que o diretor decide padronizar determinada rotina são claramente enquadrados com fruto de uma apreciatividade, pois a decisão parte exclusivamente de um juízo pessoal do médico, que não se encontra amparado por um processo formal e nem mesmo regulamentada pela norma. Pelo contrário, funda-se na interpretação sistemática de suas competências e, principalmente, da situação fática vivenciada no dia a dia da unidade hospitalar. Acrescenta-se ainda que a decisão não necessariamente é motivada, mas, ainda assim, depois de sua externalização, é passível de motivação ou justificativa. Todos estes elementos coadunam e suportam a sustentação de que ao decidir editar o Procedimento Operacional Padrão, o diretor da unidade hospitalar tem uma liberdade fruto da apreciatividade, e não de outra subjetividade.

Voltando o estudo agora para a subjetividade envolvida na segunda parte da conduta, objeto deste estudo - aquela que usufrui ao determinar o conteúdo de determinado procedimento de padronização, sustenta-se que se tem neste momento uma margem de livre atuação oriunda de uma liberdade de configuração ou liberdade de conformação.

ANDRÉ SADDY ensina que a utilização da nomenclatura "discricionariedade legislativa" é muito comum, todavia, seria melhor que se adotassem outras, como "margem de conformação, configuração ou *'discricionariedade'* constitutiva"[74]. A respeito destas nomenclaturas, CÉSAR DAVID CIRIANO VELA, citado por SÉRGIO FOSTER PERDIGÃO, ensina que a liberdade de configuração seria a "liberdade para configurar a realidade com a qual conta o Executivo"[75].

EVA DESDENTADO DAROCA, referindo à discricionariedade do legislador, expõe que se trata da mais ampla liberdade, à medida que implica na criação de normas jurídicas gerais, através de análises políticas[76]. Neste sentido, pode se dizer que ao exercer a liberdade de

[74] SADDY, 2014, op. cit., p. 30.

[75] PERDIGÃO, op. cit., p. 58.

[76] DESDENTADO DAROCA, op. cit., p. 76.

legislar, o agente desenvolve-se uma atividade política criadora[77], na qual ele "escolhe as regras de direito, apreciando livremente as tendências e relações sociais"[78].

ANDRÉ SADDY, em sua tese doutoral, assim se refere à subjetividade ou autonomia legislativa:

> É o legislador, como sujeito da atividade permanente e de caráter político de definição e elaboração de normas jurídicas com eficácia externa, quem conta com a mais ampla margem de valoração subjetiva para a definição e o estabelecimento de opções políticas e legislativas a partir da legitimidade com que conta por via da representatividade. Por isso, essa subjetividade inerente ao legislador é qualificada como política ou fortíssima.
> A Constituição configura um âmbito submetido à liberdade de configuração normativa do legislador. Não se pode negar a existência de uma margem de liberdade do legislador na aplicação de políticas sociais e econômicas. É o legislador quem deve encontrar remédios apropriados aos possíveis efeitos distorsivos do sistema, encontrando as opções mais convenientes e oportunas dentro de seu poder conformador ou constitutivo.[79]

Diante do exposto até aqui, tem-se que a liberdade de conformação, confere ao legislador a mais ampla dentre as liberdades de atuação, à medida que este vai usar de sua autonomia para fazer através de escolhas políticas, as normatizações que vão nortear tanto a Administração Pública quanto o poder Executivo. Tal liberdade encontra fundamento e limite na própria constituição, que ao mesmo tempo estabelece competências e determina limites.

---

[77] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 218.

[78] DI PIETRO, op. cit., p. 73.

[79] SADDY, 2014, op. cit., p. 29 – 30.

Com efeito, cumpre destacar que até o momento foi trabalhada a liberdade de conformação exercida diretamente pelo legislador, quer dizer, os representantes eleitos exercendo tipicamente sua função. Contudo, o caso em que se trabalha neste estudo, não é do legislador cirando comandos normativos, mas sim de um diretor de uma unidade hospitalar pública regulamentando condutas, ou seja, a Administração Pública desenvolvendo, através de seus agentes, atipicamente a função de produção normativa criadora.

Não se têm aqui um fato totalmente inédito, pois como já se expôs anteriormente, EVA DESDENTADO DAROCA já havia trabalhado com a noção da administração exercendo atipicamente outra função, entretanto se referia a função judicial, à medida que de certa forma a administração acaba tendo que aplicar a lei a um determinado caso concreto. Desta forma, não se teria aqui a típica "discricionariedade administrativa", mas sim uma "discricionariedade judicial" atípica, pois desempenhada pela Administração Pública [80]. No caso em tela, a administração, ao exercer atipicamente a função legislativa, atua com o poder de regulamentar a conduta, todavia, não se pode falar que de forma tão ampla como o legislador, à medida que se encontra legalmente vinculada às imposições legais existentes, e principalmente ao atendimento do interesse público, ao passo que, o legislador, conforme ensina JORGE RODRIGUEZ-ZAPATA Y PÉREZ, está vinculado aos limites Constitucionais[81].

Desta forma, retomando a atuação do diretor da unidade hospitalar que deve fazer a escolha sobre qual será o conteúdo do ato de padronização, tem-se que se trata de uma escolha política, todavia, diferentemente do legislador que se encontra limitado pela constituição, o médico deve levar em conta todo o arcabouço legal e principiológico que rege a Administração Pública, a fim de fazer a escolha que melhor

---

[80] DESDENTADO DAROCA, op. cit., p. 79.

[81] PEREZ, Jorge Rodriguez-Zapata y. Desviacion de poder y discrecionalidad del legislador. Revista de Administración Pública. Madrid, vol. II, n. 100-102, 1983, p. 1544.

atenda ao interesse público, exercendo, neste momento, uma autonomia proveniente de uma liberdade de conformação.

3.5 Uma última possibilidade: a "não liberdade" como fruto de uma atuação vinculada

Por fim, vale trabalhar com a última forma de manifestação de vontade da administração pública, e que, até o presente momento não foi trabalhada – a atuação vinculada. Neste sentido caberia uma pergunta: estaria, o diretor da unidade hospitalar pública, vinculado em algum momento de sua conduta? Tal categoria guarda relação com a temática trabalhada neste artigo quando se considera o diretor da unidade hospitalar pública, ao perceber, no dia a dia de sua atividade, que determinada falha poderia ser superada com a edição de um Procedimento Operacional Padrão. Em tal situação se defende aqui que o profissional esta obrigado a fazer o ato de padronização uma vez que o interesse público, bem como os demais princípios inerentes à Administração Pública, vão, diante do caso concreto, mostrar que o POP é a melhor solução[82]. Neste sentido, a categoria aqui trabalhada se caracteriza exatamente pela eliminação da subjetividade ou liberdade de atuação do agente administrativo.

Sobre o tema, vale trazer os ensinamentos de ANDRÉ SADDY:

[82] Vale escrever esta nota para esclarecer que o que se defende neste ponto não contraria os argumentos apresentados para defender que o médico diretor da unidade hospitalar goza de uma apreciatividade quando decide editar um Procedimento Operacional Padrão, e de uma liberdade de conformação ao determinar o conteúdo de determinado procedimento de padronização, pois aqui se considera o primeiro momento da conduta do profissional médico, o qual seja, a identificação da necessidade, posteriormente que vem a definição do momento do de editar o POP, o que pelas características expostas se configura como apreciatividade e mais a frente que se determina o conteúdo, gozando, neste último de uma autonomia fruto da liberdade de conformação.

> As condutas vinculadas são aquelas em que o ordenamento jurídico (e também a legitimidade e a licitude) estabelece as condições de sua realização. Nelas, não possui o administrador nenhuma liberdade, sua atuação fica adstrita às condições estabelecidas pela norma, pela legitimidade ou pela licitude, que dará o contorno de validez do ato. Os interesses públicos vinculam a uma única opção existente, ou a uma única opção entre as existentes. Daí que se entenda que se está diante de um dever, jamais diante de um poder, pois estabelece uma imposição de conduta.
> Então, tal vinculação gera para a Administração Pública o dever de observação de determinados requisitos considerados essenciais para a validez e existência do ato. Tal exigência escapa da legalidade, da legitimidade ou da licitude, criando, no particular, um direito subjetivo de exigir da autoridade a execução de determinado ato. Nesse caso, os elementos do ato já estão previamente indicados pelo ordenamento jurídico, pela legitimidade ou pela licitude, com o que o agente público somente os reproduzirá.[83]

Neste sentido, ainda que a situação hipotética abstrata (previsão legal) preveja a diversas possibilidades, no caso concreto não se configura tal fato, existindo apenas uma solução melhor, o que obriga o agente administrativo a adotá-la. A respeito dessa pluralidade de opções abstratas e ainda a redução dessas possibilidades no caso concreto, tem-se o que a doutrina chama de discricionariedade potencial e discricionariedade efetiva.

> Com efeito, se a lei comporta a possibilidade de soluções diferentes, só pode ser porque pretende que se dê uma certa solução para um dado tipo de casos e outra para outra espécie de casos, de modo a que sempre seja adotada a decisão pertinente, adequada à fisionomia própria de cada situação, tendo em vista a atender a finalidade que inspirou a regra de direito aplicanda.

[83] SADDY, 2014, op. cit., p. 133-134.

> A existência de uma variedade de soluções comportadas em lei outorgadora de discrição evidentemente não significa que esta considere que todas estas soluções são igual e indiferentemente adequadas para todos os casos de sua aplicação. Significa, pelo contrário, que a lei considera que algumas delas são adequadas para alguns casos e que outras delas são adequadas para outros casos.
>
> Ora, em sendo verdadeira esta afirmação, em sendo corretas – como certamente o são – as lições de Guido Falzone, segundo quem existe um dever jurídico de boa administração e não apenas um dever moral ou de ciência da Administração, porque a norma só quer a solução excelente, se não for esta a adotada haverá pura e simplesmente violação da norma de Direito, o que ensejaria a correção jurisdicional, dado que terá havido vício de legitimidade.
>
> Donde, perante eventos desta compostura, em despeito da discrição presumida na regra de direito, se o administrador houver praticado ato discrepante do único cabível, ou se tiver eleito algum seguramente impróprio ante o confronto com a finalidade da norma, o Judiciário deverá prestar a adequada revisão jurisdicional, porquanto, em rigor, a administração terá desbordado da esfera discricionária, já que esta, no plano das relações jurídicas, só existe perante o caso concreto. Na regra de direito ela está prevista como uma possibilidade - não como uma certeza. A "admissão" de discricionariedade no plano da norma é condição necessária, mas não suficiente para que ocorra *in concreto*. Sua previsão na "estática" do Direito, não lhe assegura presença na "dinâmica" do Direito. Para servimo-nos de expressões da filosofia aristotélico-tomista: a discricionariedade na regra de direito contém *in potencia* a discricionariedade *in actu,* mas nada mais que isto.[84]

Diante do exposto, tem-se que a discricionariedade potencial, é aquela existente na norma jurídica, que prevê abstratamente hipóteses teoricamente possíveis. De outro lado, existiria discricionariedade

[84] MELLO, op. cit., p. 36 – 37.

efetiva, segundo ANDRÉ SADDY, apenas quando, diante do caso concreto existissem opções igualmente válidas ou indiferentes[85].

Todavia, no caso concreto da Administração Pública, que se rege pelo princípio da legalidade, e ainda pelos inúmeros princípios inerentes ao Direito Administrativo, em especial o interesse público, que impõe ao agente a escolha da melhor solução, percebe-se que a discricionariedade efetiva, poderá, em muitos casos, se tornar uma atuação vinculada. Neste sentido, vejamos o que nos ensina ANDRÉ SADDY:

> [...] as alternativas ou opções dadas pela interpretação concederam apenas alternativas ou opções válidas ou inválidas. Ou seja, não há *"melhor"* ou *"ótima"* alternativa ou opção, essa, sempre, será a única que poderia ser validamente seguida. Com efeito, o agente público tem o dever jurídico de satisfazer os interesses públicos por meio da legalidade, legitimidade e licitude. Se determinada alternativa ou opção é a *"melhor"* ou *"ótima"*, essa será o único caminho válido; os demais serão indevidos, inválidos. Se assim for, estar-se-á diante de uma hipótese de atuação vinculada e não de discricionariedade.[86]

Pelo exposto, percebe-se que a necessidade de opções igualmente válidas é essencial para a configuração de uma discricionariedade efetiva, enquanto a ausência de opções se traduz na atuação vinculada. Diante disso, considerando ainda os ensinamentos de EVA DESDENTADO DAROCA, com os quais se concorda neste trabalho, tem-se que a verificação de uma liberdade demanda uma análise de todo ordenamento e não apenas da norma que a confere, logo, no caso concreto poderá não haver a dita discricionariedade efetiva, mas sim uma atuação vinculada.

Trazendo para a realidade do diretor de uma unidade hospitalar pública, que constitui objeto deste estudo, vejamos como essa

[85] SADDY, 2014, op. cit., p. 137.

[86] SADDY, 2014, p. 136.

vinculatividade opera nos componentes da norma jurídica: o médico estaria autorizado a editar um POP sempre que alguma das hipóteses ocorresse, ou seja, quando alguma das circunstâncias descritas nos artigos 1º e 3º da Resolução CFM nº 1.342/91[87] se configurarem. Mas esta "autorização" seria uma opção ou um dever? Ou seja, o operador deôntico estaria diante de uma obrigação de editar o POP se alguma das hipóteses se configurasse ou de uma faculdade?

A resposta para tal questão nos remete a avaliar todo o ordenamento jurídico, conforme defendido por EVA DESDENTADO DAROCA, e ainda relembrar as vantagens que o POP traz para o poder público. Diante de tais pontos, já trabalhados neste artigo, se conclui que sabendo das vantagens que a padronização ou regulamentação traz para o serviço diário do hospital público[88], em atendimento aos princípios inerentes a Administração, em especial, o interesse público, estaria o profissional diante de um dever[89]. Logo, uma atuação vinculada, e não uma subjetividade pública.

---

[87] Lembrar que conforme já abordado, são os artigos que tratam das competências do profissional.

[88] Permite a compra padronizada de materiais gerando maior economicidade para o poder público; facilita o controle, pelo diretor médico, das atividades do corpo clínico; evita o desperdício de insumos que podem ser desperdiçados pelo não uso; entre outras.

[89] Pode-se dar o seguinte exemplo: o diretor constata que diariamente na rotina da unidade hospitalar sob sua direção cada um dos médicos do corpo clínico se utiliza de um procedimento diferente para fazer uma mesma cirurgia. Em razão disso o Hospital precisa comprar diariamente os materiais para cada um dos métodos adotados pelos médicos, gerando um custo excessivo e, as vezes, desperdício de material. Diante desse caso real, o Diretor da unidade, sabendo que pode regularizar a situação com o POP tem o dever de fazê-lo, pois a necessidade de atendimento ao interesse público impõe ao profissional a edição do ato de regulamentação. Obviamente que o médico diretor pode não fazê-lo, todavia, não se trata aqui de uso de uma liberdade, mas de uma decisão ilegítima. [89] Neste sentido Celso Antônio Bandeira de Melo ensina que "a norma só quer a solução excelente, se não for esta a adotada haverá pura e simplesmente violação da norma de Direito, o que ensejaria a correção jurisdicional, dado que terá havido vício de legitimidade". (MELLO, op. cit., p. 36.)

Conclusões

Diante de todo o exposto, concluiu-se, primeiramente que o diretor da unidade hospitalar, com corpo clínico de até 30 médicos, e que consequentemente pode acumular as funções de diretor técnico e clinico se insere no segundo escalão dos tomadores decisão da Administração – diretores e supervisores. Depois disso, e também de se apresentar os elementos considerados essenciais para a análise das subjetividades presentes na atuação do diretor da unidade, foi realizado o estudo que constituía objeto central deste trabalho.

Desta forma, a primeira conclusão foi de que os conceitos de discricionariedade e margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados não se fazem presentes na margem de autonomia que o médico diretor goza ao decidir o momento em que vai atuar e nem mesmo quando decide o conteúdo do POP. Tal fato se dá, principalmente, porque a decisão de quando vai atuar para editar o POP se dá através de um juízo pessoal, e decorre não da lei, mas da convicção do próprio profissional, sendo assim, não se enquadra em nenhuma das duas subjetividades que se originam na norma legal. O segundo momento da conduta, determinar o conteúdo do POP, da mesma forma não têm as opções estabelecidas no âmbito normativo, ou na indeterminação dos conceitos legais, mas se trata sim de uma decisão política de regulamentação, semelhante a do legislador. Desta forma, novamente este segundo momento da conduta se afasta dos conceitos de discricionariedade e margem de interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados. Além disso, quando se analisa a norma que atribui competência aos diretores, não se percebe conceitos jurídicos indeterminados, pelo contrário, trata-se de termos precisos e determinados.

A segunda conclusão se refere especificamente às categorias presentes na atuação do médico diretor. Neste sentido foram trabalhadas novamente com duas delas: a apreciatividade, que foi desenvolvida por

ANDRÁ SADDY em sua tese doutoral, e a liberdade de conformação ou configuração. A primeira delas, a apreciatividade, foi apresentada como a aquela subjetividade presente, em geral, nos agentes de linha de frente, para lidar com os casos que aparecem no seu dia a dia e que estão presentes em todos os componentes lógico-estruturantes da norma. Desta forma, se expôs que ela geralmente se dá através de uma decisão de juízo pessoal, normalmente não vem precedida de um ato formal e nem mesmo de justificativa, todavia, pode ser, posteriormente, motivada e justificada. Sendo assim, se concluiu por esta a subjetividade presente quanto o diretor decide em qual momento editar o POP.

De outro lado, o segundo momento da conduta, que envolve a definição do conteúdo do POP, enquanto uma decisão política, e normativa, se mostrou claramente próxima ao conceito de liberdade de conformação. Tal subjetividade não é propriamente uma liberdade típica da Administração Pública, mas sim do poder legislativo, todavia, conforme admitido pela doutrina, existem casos em que a administração exerce funções atipicamente, como o caso aqui defendido.

Por fim, já havendo a classificação dos dois momentos da conduta do diretor técnico, e considerando ainda a impossibilidade de uma mesma liberdade se enquadrar em mais de um tipo de subjetividade, foi exposta atuação vinculada, que se apresenta não como uma fonte de liberdade propriamente dita, mas sim como um caso em que não se tem liberdade porque o ordenamento já estabelece a conduta a ser tomada. Neste sentido, considerando a temática específica deste trabalho, chegou-se à terceira conclusão, quando se percebeu que o momento anterior à decisão de quando editar um POP, a saber, o momento em que o profissional presencia uma rotina que demanda uma padronização, seria perfeitamente adequado à hipótese de atuação vinculada. Tal fato se dá em razão das vantagens que um POP apresenta para a administração, desta forma, ao se deparar com o fato que pode ser solucionado pelo POP, o diretor encontra-se vinculado, em razão da necessidade de atendimento ao interesse público, a fazê-lo.

Referências

AMARAL, Heloisa Cristina Martins. O processo de planejamento estratégico do Hospital Universitário da Universidade Federal de Santa Catarina. 2013. 311 f. Dissertação (Mestrado Profissional) - Curso de Programa de Pós-graduação em Administração Universitária, Centro Sócio-econômico, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. Disponível em: <http://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/103494>. Acesso em: 10 jan. 2018.

ARAÚJO, Jocely Márcia de. Construção, composição e implantação de protocolos clínicos nas ações de atenção primária. (Trabalho de Conclusão de Curso). Curso de Especialização em Atenção Básica em Saúde da Família. Universidade Federal de Minas Gerais, Corinto, MG, 2011, 37p.

BARBOSA, Carla. MATOS, Mafalda Francisco. Prescrição off-label, direito à informação, consentimento informado e processo clinico eletrónico no direito português. Caderno Ibero-Americano Direito Sanitário, Brasília, 5(3):157-179, jul./set, 2016. http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v5i3.329

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Ministério da Saúde. Implantação de Diretrizes e protocolos clínicos. 2012. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/prestadores/E-EFT-01.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. Decreto nº 20.931, de 11 de janeiro de 1932. Regula e Fiscaliza O Exercício da Medicina, da Odontologia, da Medicina Veterinária e das Profissões de Farmaceutico, Parteira e Enfermeira, no Brasil, e Estabelece Penas.. Rio de Janeiro, RJ, 15 jan. 1932.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 3.999, de 15 de dezembro de 1961. Altera O Salário-mínimo dos Médicos e Cirurgiões Dentistas. Brasília, DF, 21 dez. 1961

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 12.550, de 15 de dezembro de 2011. Autoriza O Poder Executivo A Criar A Empresa Pública Denominada Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - Ebserh; Acrescenta Dispositivos Ao Decreto-lei no 2.848, de 7 de Dezembro de 1940 - Código Penal; e Dá Outras Providências. Brasília, DF, 15 dez. 2011.

BRASIL. Ministério da Saúde. Departamento Nacional de Saúde. Divisão de Organização Hospitalar. História e evolução dos hospitais. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde, 1944.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 3.990, de 30 de dezembro de 2013. Institui a Política Nacional de Atenção Hospitalar (PNHOSP) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), estabelecendo- se as diretrizes para a organização do componente hospitalar da Rede de Atenção à Saúde (RAS). Brasília, DF, 2013.

BROWN, Michael K. Working the street: police discretion and the dilemmas of reform. New York: Russell Sage Foundation, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CONTRERAS, Omar E. Victoria. La Regulación Pública de la Autorregulación en el Sector Financiero: el Gobierno Corporativo como Paradigma. In: SADDY, André; MARTÍNEZ, Aurilivi Linares. Estudos sobre Regulação e Crises dos Mercados Financeiros. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Manual do diretor técnico / org. pelo CPEDOC. - 5. ed., rev.,atual. e ampl. - Rio de Janeiro, 2006.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Resolução CREMERJ nº 17, de 27 de maio de 1987. Rio de Janeiro, RJ, 1987. Disponível em: < http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/crmrj/resolucoes/1987/17_1987.htm>. Acesso em: 15 dez. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília, DF, 2009. Disponível em: < http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm>. Acesso em: 03 fev. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.342, de 08 de março de 1991. Estabelece normas sobre responsabilidade e atribuições do Diretor Técnico e do Diretor Clínico.. Brasília, DF, 1991. Disponível em: < http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1991/1342_1991.htm>. Acesso em: 03 fev. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 2.147, de 17 de junho de 2016 Estabelece normas sobre a responsabilidade, atribuições e direitos de diretores técnicos, diretores clínicos e chefias de serviço em ambientes médicos. Brasília, DF, 2016. Disponível em: < http://www.mpdft.mp.br/saude/images/noticias/Resolucao_2147_CFM.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2018.

DESDENTADO DAROCA, Eva. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GUERRERO, Giselle Patrícia; BECCARIA, Lúcia Marinilza; TREVIZAN, Maria Auxiliadora. Procedimento Operacional Padrão: utilização na assistência de enfermagem em serviços hospitalares. Revista Latino Americana de Enfermagem, Ribeirão Preto, v. 6, n. 16, p.1-7, dez. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rlae/v16n6/pt_05.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2017.

HERNÁNDEZ G, José Ignacio. Regulación Bancaria y Libertad Económica en Venezuela. Análisis de la Regulación Bancariaentre 2001 y 2009. In: SADDY, André; MARTÍNEZ, Aurilivi Linares. Estudos

sobre Regulação e Crises dos Mercados Financeiros. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LISBOA, Teresinha Covas. Breve História dos Hospitais: da antiguidade à Idade Contemporânea. Revista Notícias Hospitalares, [s.l.], n. 37, p.1-32, Jun/Jul, 2002. Disponível em: <http://www.iph.org.br/public/files/acervo/1423234906142323490671 06232768.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

PERDIGÃO, Sérgio Foster. A Subjetividade do alto escalão da polícia e o planejamento como critério limitador de sua extensão. In: SADDY, André (Coord.). Discricionariedade Policial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 49-98.

PEREZ, Jorge Rodriguez-Zapata y. Desviacion de poder y discrecionalidad del legislador. Revista de Administracíon Pública. Madrid, vol. II, n. 100-102, 1983.

SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SADDY, André. Intervenção direta do Estado na economia: uma análise do caput do art. 173, da Constituição brasileira. Revista de Direito Administrativo: Rio De Janeiro, v.269, p. 107 – 138, maio/ago.2015

SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUSA, António Francisco de. Os "conceitos legais indeterminados" no Direito Administrativo Alemão. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.166, p.276-291, out./dez. 1986.

UNITED STATES ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY. EPA/600/B-07/001: Guidance for Preparing Standard Operating Procedures (SOPs). Washington: Office of Environmental Information, 2007. 60 p. Disponível em: <https://www.epa.gov/sites/production/files/2015-06/documents/g6-final.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2017.

VAN REEUWIJK, L.P.; HOUBA, V.J.G. (Comp.). Guidelines for Quality Management in Soil and Plant Laboratories. Roma: FAO and ISRIC, 1998. Disponível em: <http://www.fao.org/docrep/W7295E/w7295e00.htm#Contents>. Acesso em: 09 jan. 2018.

WERNECK, Azeredo Furquim; FARIA, Horácio Pereira de; CAMPOS, Kátia Ferreira Costa. Protocolos de cuidado à saúde e de organização do serviço. CEABSF. Belo Horizonte: Coopmed, 2009.

O EXERCÍCIO DAS SUBJETIVIDADES PÚBLICAS PELO GESTOR DA UNIDADE BÁSICA DE SAÚDE (UBS)

Rodrigo da Fonseca Chauvet

Doutorando em Direitos, Instituições e Negócios pela Universidade Federal Fluminense (UFF/2017-2020). Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento, pela Universidade Cândido Mendes (UCAM/2012). Especialização lato sensu em Direito Administrativo-Empresarial pela Universidade Cândido Mendes (UCAM/2010). Graduação em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ/2007). Professor convidado de Direito Administrativo e Econômico da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio - desde 2013). Fundador e Coordenador do Grupo de Estudos de Direito Administrativo (GDA). Advogado.

Sumário: Introdução. 1. Conceito, finalidade e estrutura da UBS. 2. O papel do gestor da UBS. 3. A dupla caracterização do gestor da UBS: supervisor (*supervisor*) e agente de campo ou das ruas (*street level bureaucrat*). 4. As subjetividades públicas e seu exercício pelo gestor da UBS. 4.1. As atividades complementares ao trabalho de outros profissionais de saúde e a potencial incidência da liberdade de conformação e/ou da apreciatividade. 4.2. As atividades ligadas à preparação e manutenção da infraestrutura e gerência da UBS em si e a potencial incidência da liberdade de conformação, da discricionariedade e/ou da apreciatividade. 4.3. As atividades educativas voltadas para a saúde e a realização e participação em palestras e eventos em saúde e a potencial incidência da liberdade de conformação. 4.4. As atividades próprias de enfermagem e tratamentos peculiares e a potencial incidência da liberdade de conformação, da discricionariedade e/ou da apreciatividade. Conclusões. Referências.

Introdução

A importância da saúde assegura-lhe assento constitucional – em especial, no *caput* do artigo 6º da Constituição da República Federativa

do Brasil (CRFB) –, bem como o tratamento legal por variadas normas infraconstitucionais que possuem como finalidades principais estruturar e organizar os serviços de saúde no Brasil.

A Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, ao estabelecer regras sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, disciplina, em seu título segundo, o Sistema Único de Saúde (SUS). O SUS é definido como *"o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público"* (artigo 4º da Lei nº 8.080/1990).

Dentro da estrutura do SUS, tal qual previsto no artigo 6º, da Portaria nº 2.436, de 21 de setembro de 2017, do Ministério da Saúde, insere-se a Unidade Básica de Saúde (UBS). Refere-se a todo e qualquer estabelecimento de saúde que preste *"ações e serviços de Atenção Básica, no âmbito do SUS"*, à população em geral.

A Atenção Básica à saúde consiste nas mais diversas ações referentes à promoção da saúde, *"desenvolvidas por meio de práticas de cuidado integrado e gestão qualificada, realizada com equipe multiprofissional e dirigida à população em território definido, sobre as quais as equipes assumem responsabilidade sanitária"* (artigo 2º, da Portaria nº 2.436/ 2017).

O presente estudo tem por objeto o exercício das subjetividades públicas pelo gestor da UBS. O objetivo é apontar o conceito, a finalidade e a estrutura da UBS, tendo como foco principal a atuação de seus gestores. O que se pretende observar é como são desempenhadas as subjetividades públicas de cada agente público no exercício da gestão da UBS.

Para tanto, uma vez definido quem é o gestor de uma UBS, serão analisadas as tarefas que lhe são imputadas para se verificar, em um primeiro momento, se efetivamente há autonomia pública para a tomada de decisões pelo gestor no dia-a-dia da gestão da UBS.

Uma vez identificada tal autonomia, a atuação subjetiva será relacionada com cada um dos tipos de subjetividades existentes, quais sejam: (i) liberdade de conformação; (ii) margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados; (iii) discricionariedade; e (iv) apreciatividade.[1]

Como o objeto do estudo consiste na avaliação das subjetividades ou autonomias públicas do gestor quando da gestão da UBS, não serão aprofundados outros tipos de subjetividades públicas exercidas pelo legislador ao legislar sobre a temática de saúde, em especial sobre a UBS, tampouco o eventual exercício de subjetividades públicas pelo judiciário e mesmo pelo executivo que aquelas relativas, como exposto acima, ao gestor da UBS.

O estudo também não englobará, ao menos de forma aprofundada, eventuais limites impostos ao gestor da UBS quando do exercício de subjetividades públicas.

Quanto à metodologia, optou-se pela utilização dos métodos doutrinário e dedutivo. Isso porque, em relação ao método doutrinário, os conceitos e características do objeto de análise foram extraídos de literatura existente acerca do tema. Tratando do método dedutivo, buscou-se, a partir das definições relativas aos diferentes tipos de subjetividades públicas, alcançarem-se conclusões sobre o gestor de uma UBS conforme exposto ao final do estudo.

[1] Conforme será detalhado adiante, André Saddy destaca que as principais modalidades de atuação com subjetividade ou autonomia pública referem-se à "liberdade conformadora do legislativo e do governo, a discricionariedade administrativa em sentido técnico-jurídico e a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados." Não obstante, o autor realça a aceitabilidade, pela doutrina, de outra modalidade de subjetividade ou autonomia pública administrativa. E propõe, como quarta modalidade de atuação subjetiva, a apreciatividade (SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2014, p. 261-266).

1. Conceito, finalidade e estrutura da Unidade Básica de Saúde (UBS)

A UBS consiste na *"principal porta de entrada e centro de comunicação com toda a Rede de Atenção à Saúde. É instalada perto de onde as pessoas moram, trabalham, estudam e vivem (...) garantia de acesso à população a uma atenção à saúde de qualidade"*.[2]

O estudo intitulado *"Tipologia da estrutura das unidades básicas de saúde brasileiras: os 5 R"* expõe que, existiam, em 2017, 38.812 UBS no Brasil localizadas em 5.543 municípios.[3] Os dados demonstram o grau de capilaridade das UBS, presentes na absoluta maioria dos municípios brasileiros.

A UBS tem como função primordial:[4]

> [...] promover e proteger a 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.

É um dos deveres do gestor da UBS, portanto, coordenar a coleta de dados para posterior relato às Secretarias de Saúde até para que possa ser realizada a avaliação da qualidade do trabalho da equipe de saúde de cada UBS.

---

[2] Informações obtidas em: www.pac.gov.br/infraestrutura-social-e-urbana/ubs-unidade-basica-de-saude. Acesso em: 01 out. 2018.

[3] De acordo com o referido estudo, foram consideradas como UBS: unidades de saúde da família, postos de saúde, centros de saúde, unidades básicas de saúde e postos avançados registrados no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES). Informações obtidas em: http://www.scielo.br/pdf/csp/v33n8/1678-4464-csp-33-08-e00037316.pdf. Acesso em: 15 jan. 2019.

[4] Informações obtidas em: http://www.pac.gov.br/infraestrutura-social-e-urbana/ubs-unidade-basica-de-saude. Acesso em: 15 jan. 2019.

Cada UBS contém, pelo menos, um médico, um enfermeiro, um técnico de enfermagem (ou auxiliar) e um agente comunitário de saúde. Também podem conter dentistas. O conjunto de profissionais forma uma Equipe de Saúde da Família, cujas ações são norteadas pelo Programa Saúde da Família (PSF).[5]

A depender da demanda a ser atendida pela UBS no território de sua atuação, conforme previsto no artigo 4º da Portaria nº 340, de 4 de março de 2013, a Unidade é configurada em quatro portes distintos: UBS I abriga, no mínimo, uma equipe de Saúde da Família; UBS II abriga, no

---

[5] Conforme elucida Adriana Alves Nery, a Atenção Primária à Saúde (APS) está relacionada com a proposta de Programa de Saúde de Família (PSF). De acordo com tal autora, a APS foi reconhecida, em 1978, como "parte do sistema geral de saúde do país". A noção de APS e, em especial, seus princípios, ganharam relevância na I Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, realizada na cidade de Alma Ata, justamente em 1978. De acordo com a autora, a APS pode ser definida como a "atenção essencial à saúde baseada em tecnologia e métodos práticos, cientificamente comprovados e socialmente aceitáveis, tornados universalmente acessíveis a indivíduos e famílias na comunidade por meios aceitáveis para eles e a um custo que tanto a comunidade como p país possa arcar em cada estágio de seu desenvolvimento (...)." Ao tratar do PSF, prossegue a autora afirmando que, no Brasil, a proposta do PSF, concebida pelo Ministério da Saúde em 1993 e implantada em 1994, encontra-se assentada em quatro principais atributos relacionados à APS. São eles: (i) a atenção ao primeiro contato, que se refere "à acessibilidade e à utilização do serviço a cada surgimento de um novo problema, ou de um novo episódio de um problema, no qual as pessoas necessitam procurar atenção à saúde."; (ii) a longitudinalidade, que impõe à APS a capacidade de "identificar a população eletiva, assim como os indivíduos dessa população que deveriam receber o atendimento desta unidade (...)"; (iii) a integralidade, relacionada "à necessidade de que as unidades de APS devam oferecer arranjos para que os usuários recebam todo tipo de atenção dos serviços de atenção à saúdem (...)"; e (iv) coordenação (interação) da atenção, o que "pressupõe a necessidade de alguma forma de continuidade por parte dos trabalhadores, ou através de prontuários médicos, ou de ambos (...)" – NERY, Adriana Alves. Necessidades de saúde na estratégia de Saúde da Família, no município de Jequié-BA: em busca de uma tradução. Tese (Doutorado). Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, p. 12. Todos os atributos mencionados estão, direta ou indiretamente, inseridos no âmbito de uma UBS e devem ser levados em conta por seus gestores.

mínimo, duas equipes de Saúde da Família; UBS III abriga, no mínimo, três equipes de Saúde da Família; e UBS IV abriga, no mínimo, quatro equipes de Saúde da Família. E, dentre os principais serviços que podem ser colocados à disposição da população, destacam-se os seguintes: consultas médicas, inalações, injeções, curativos, vacinas, coleta de exames laboratoriais e tratamento odontológico. Há margem para atendimentos pontuais simples de urgência (demanda espontânea) em cada UBS, além da realização de visita domiciliar pela equipe técnica da Unidade. Destaca-se, ainda, que a UBS possui autonomia para criar a demanda de usuários pela saúde (Estratégia de Saúde da Família - ESF) a partir de uma postura preventiva adotada pelo SUS. Com foco na prevenção, existe a possibilidade de realização de ações diversas dentro da área territorial da UBS, tais como: realização de palestras, festas comemorativas com temas ligados à saúde, apresentação de filme educativo, etc. Tudo com foco no alcance das metas previstas pelo Ministério da Saúde (ex.: metas de coleta de preventivo ou vacinação). Há hierarquização no atendimento da UBS. Crianças, ilustrativamente, possuem prioridades no atendimento.[6]

O cenário aponta no sentido segundo o qual a autonomia do gestor da UBS relaciona-se apenas à criação de mecanismos para alcançar os objetivos/metas de saúde (ex.: estímulo ao uso de preservativos, à vacinação, aos tratamentos de diabete, etc.). Nesse sentido, conforme será detalhado adiante ao tratarmos das subjetividades públicas em si, grande parte dos procedimentos a serem seguidos por cada UBS já estão definidos em regulamentos que tratam do tema, em especial a partir de determinações advindas previamente do Ministério da Saúde.[7]

---

[6] Informações obtidas em: http://www.pac.gov.br/infraestrutura-social-e-urbana/ubs-unidade-basica-de-saude. Acesso em: 15 jan. 2019.

[7] Em exemplo dessa predefinição de programas está contido na Portaria de Consolidação nº 2, de 28 de setembro de 2017. Tal norma trata, em seu item 4.2, da Promoção da Alimentação Adequada e Saudável (PAAS) definindo-a como uma das vertentes da Promoção à Saúde. Estabelece que "a responsabilidade das equipes de saúde com

2. O papel do gestor da UBS

Uma boa gestão da UBS contribuirá com que todo o planejamento e práticas relativos à Atenção Básica à Saúde sejam executados da melhor maneira possível, contribuindo com a melhor saúde da população de certo território.

Maria Iêda Gomes Vanderlei aborda o tema apontando o papel de realce do gestor na definição de métodos de trabalho e fluxos que serão, ao final, fundamentais para o êxito da prestação dos serviços de saúde à população. De acordo com a autora:[8]

> [...] ao gestor ou ao gerente da unidade de saúde coletiva e de seus respectivos sistema de saúde (em qualquer nível), a responsabilidade que se coloca atualmente (que é um grande desafio) é a de que, tendo um objeto a ser trabalhado (processo saúde-doença na população), há que se definir a estrutura/organização e as relações do sistema (serviço/processo gestão), tendo como referência para tanto a identificação e priorização dos problemas/necessidades da população a serem enfrentados, através de operações que se traduzem como processos de trabalhos inovadores ou não, que se instalam na prática dos profissionais envolvendo atividades e cuidados assistenciais diversos na atenção à saúde dos cidadãos conformando-se, assim, os modelos de atenção.

---

relação à PAAS deve transcender os limites das unidades de saúde, inserindo- se nos demais equipamentos sociais como espaços comunitários de atividade física e práticas corporais, escolas e creches, associações comunitárias, redes de assistência social e ambientes de trabalho, entre outros". Informações obtidas em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prc0002_03_10_2017.html. Acesso em: 17 jan.2019.

[8] VANDERLEI, Maria Iêda Gomes. O gerenciamento na estratégia de saúde da família: o processo de trabalho dos gestores e dos gerentes municipais de saúde em municípios do Estado do Maranhão. Tese (Doutorado). Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, p. 20-21.

Prossegue a autora alertando que os serviços de saúde sofreram um amplo processo de reorganização nas décadas de 1980 e 90, destacando-se, na linha do exposto acima, o papel dos gestores dos serviços de saúde:[9]

> Através da municipalização da saúde, a autoridade e a gestão dos serviços básicos de saúde passam a ser responsabilidade do município. Esse movimento, sustentado pelo processo de descentralização, traz para o nível local novas responsabilidades e compromissos no sentido de atender às demandas e às expectativas dos usuários do sistema de saúde e, ao mesmo tempo, a necessidade de expansão física e funcional da rede de atendimento à saúde, da adequação do quantitativo e qualitativo de trabalhadores alocados para a prestação de cuidados, de revisão dos padrões de produtividade, da avaliação da qualidade da assistência prestada. Inserida nesse contexto, a gerência de serviços de saúde tem sido tomada como um fator de fundamental importância para o alcance desses objetivos.

No presente estudo, seguindo o exposto por Maria Iêda Gomes Vanderlei e Maria Cecília Puntel de Almeida, parte-se do princípio segundo o qual o gestor de uma UBS atua: (i) ora como coordenador, supervisor ou gerente, assumindo funções primordialmente políticas e/ou administrativas (de gestão propriamente dita); e (ii) ora como servidor de linha de frente (conceito que será detalhado adiante), focado em funções primordialmente técnicas.[10]

---

[9] VANDERLEI, Maria Iêda Gomes. O gerenciamento na estratégia de saúde da família: o processo de trabalho dos gestores e dos gerentes municipais de saúde em municípios do Estado do Maranhão. Tese (Doutorado). Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, p. 20-21.

[10] De acordo com Maria Iêda Gomes Vanderlei e Maria Cecília Puntel de Almeida, "a atividade gerencial, enquanto parte do processo de trabalho e enquanto instrumento, é considerada como uma ação interdisciplinar, onde se fazem presentes determinações

Algumas atividades podem ser utilizadas para ilustrar a atuação dos gestores de UBS. São tarefas que vão desde a organização do processo de trabalho da Unidade, passando por ações ligadas à infraestrutura e manutenção da UBS, e, ainda ações referentes ao planejamento e oferta de serviços saúde à população atendida.

Dentre elas, é possível citar atividades mais ligadas à gestão da unidade, tais como: a aquisição e contratação de bens e serviços para a UBS, supervisão da limpeza, ações em geral de manutenção, distribuição de tarefas entre a equipe, coleta de dados, elaboração e encaminhamento de relatórios.

E, também, a gestão de atividades mais próximas da prestação de serviços de saúde, especialmente aquelas que demandem do gestor contato direto com o usuário da rede pública de saúde (gestor aproximando-se da figura do servidor da linha de frente). São exemplos: a organização do fluxo de atendimento, planejamento e dispensação de medicamentos, comunicação de atividades de saúde a serem prestadas pela UBS e preparação e realização de cursos para a população.

Todas essas atividades realizadas pelos gestores, seguindo a classificação sugerida por Maria Iêda Gomes Vanderlei, podem ser divididas em quatro grupos, quais sejam:[11]

---

de ordem técnica, mas principalmente política, sendo necessária, dentro desta perspectiva, uma compreensão da dinâmica das relações político-econômico-sociais presentes na organização dos serviços de saúde dentro de um dado processo de trabalho". (VANDERLEI, Maria Iêda Gomes Vanderlei; ALMEIDA, Maria Cecília Puntel de. A concepção e prática dos gestores e gerentes da estratégia de saúde da família. Disponível em: https://www.scielosp.org/scielo.php?pid=S1413-81232007000200021&script=sci_arttext. Acesso em: 22 jan.2019).

[11] VANDERLEI, Maria Iêda Gomes. O gerenciamento na estratégia de saúde da família: o processo de trabalho dos gestores e dos gerentes municipais de saúde em municípios do Estado do Maranhão. Tese (Doutorado). Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, p. 81-82.

(i) atividades complementares ao trabalho de outros profissionais, incluindo dispensação de medicamentos, marcação de consultas e exames;

(ii) atividades ligadas à organização de processos de trabalho, preparação e manutenção da infraestrutura, tais como a organização de fluxo de trabalho com atendimento da demanda reprimida e à organização de consultórios ou salas de atendimento, atividades gerais voltadas tanto para a assistência e para o planejamento das atividades junto ao grupo de usuários do SUS, quanto para a gerência em si da Unidade;

(iii) atividades educativas voltas para a saúde coletiva, englobando a vigilância epidemiológica, palestras sobre prevenção de doenças, participação e realização de eventos em saúde;

(iv) atividades próprias de enfermagem voltadas a indivíduos ou grupos específicos, ou a tratamentos peculiares, tais como crianças, mulher, pré-natal, coleta de exames, etc.

Tais atividades acabam por configurar uma dupla caracterização do gestor, que ora realiza atividades de supervisão ou gestão propriamente dita, ora atua mais próximo do público atendido, com atividades não apenas internas, mas também externas de atendimento direto à população alvo da UBS.

3. A dupla caracterização do gestor da UBS: supervisor (*supervisor*) e agente de campo ou das ruas (*street level bureaucrat*).

Para uma melhor contextualização da função de gestão administrativa da UBS, recorre-se aos ensinamentos de André Saddy

sobre o tema. De acordo com o autor[12], *"a subjetividade ou autonomia pública em suas diferentes formas reside em todos os níveis de organização administrativa, desde o mais alto escalão até o mais baixo agente de campo ou das ruas."*

Fazendo referência a Michael K. Brown, André Saddy[13] realça a existência de *"três tipos distintos de tomadores de decisões"*, quais sejam:

> A elite da Administração (*administrative elites*), que possui ampla liberdade de decisão e está extremamente influenciada pelas restrições políticas, ambientais e organizacionais e em condições de estruturar e manipular as restrições da organização, ainda que a capacidade de fazê-lo possa ser limitada, segundo o caso, pelo poder dos subordinados; os diretores e supervisores (*managers and supervisors*), que possuem uma liberdade de decisão limitada e estão quase totalmente influenciados pelas restrições organizacionais, no entanto, a aplicação e eficácia dos controles administrativos dependerão de suas decisões; e os agentes de campo ou das ruas (*street level bureaucrats*), que possuem ampla liberdade de decisão em muitos casos, sendo sua atitude dependente do alcance de suas responsabilidades, tarefas e do impacto das restrições da organização, além de estar influenciados pelas restrições organizativas e ambientais.

Desde já, é possível apontar que o gestor da UBS assume, em certos contextos, a função de supervisão ou gerência efetiva. São funções primordialmente administrativas (de gestão propriamente dita) que se aproximam do conceito de *managers* ou *supervisors* acima descrito.

Dentre o rol das atividades realizadas pelos gestores, seguindo a classificação já apontada de Maria Iêda Gomes Vanderlei, incluem-se

---

[12] SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 312.

[13] SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 312.

nesse grupo, sobretudo, atividades ligadas à organização de processos de trabalho, preparação e manutenção da infraestrutura, tais como a organização de fluxo de trabalho com atendimento da demanda reprimida e à organização de consultórios ou salas de atendimento, atividades gerais voltadas tanto para a assistência e para o planejamento das atividades junto ao grupo de usuários do SUS, quanto para a gerência em si da Unidade.

O cenário é explorado no estudo "Competências para a gestão de Unidades Básicas de Saúde: percepção do gestor."[14] As autoras Adriana Maria André e Maria Helena Trench Ciampone realçam que, ao exercerem a função de supervisão ou gerência é limitada e restrita a autonomia do gestor de UBS:

> Ao focarmos o setor publico de saúde e, mais especificamente, o papel dos gestores de Unidades Básicas de Saúde é importante ressaltar que, no nível local, eles são reféns de regulamentações que restringem severamente, no plano formal, a sua autonomia. Dentre outras limitações, não contam com orçamento próprio para gerir recursos humanos, contratar, descontratar, realizar negociações salariais ou instalar mecanismos de incentivo ou sanção condicionados à produção de metas quanti ou qualitativas. Os servidores concursados não podem ser demitidos e, para que ocorra uma simples transferência, o gestor depende da anuência de instâncias no âmbito regional e central (...).

Os gestores, ao exercerem tais atividades mais ligadas à supervisão ou gestão em si, possuem, portanto, alguma margem de decisão, mas sofrem o limite das "restrições organizacionais". Os limites às subjetividades públicas parecem ser ainda maiores por estarem as

[14] ANDRÉ, Adriana Maria; CIAMPONE, Maria Helena Trench. Competências para a gestão de Unidades Básicas de Saúde: percepção do gestor. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/21787/S0080-62342007000500017.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Acesso em: 22 jan.2019.

UBSs inseridas no SUS, cuja estrutura e funcionamento é muito bem delineada e definida nas normas que tratam do tema.

A *contrario sensu*, apontando a existência e necessidade de certa atuação autônoma pelo gestor supervisor, faz-se referência às ideias de Maria Iêda Gomes Vanderlei e Maria Cecília Puntel de Almeida.[15] Expõem as autoras o seguinte:

> Considerando os princípios do Sistema Único de Saúde-SUS e os objetivos da Estratégia de Saúde da Família-ESF como integralidade e hierarquização, territorialização e adscrição da clientela, equipe multiprofissional, acolhimento, vínculo e a responsabilização, é pensar em uma gerência que se aproprie mais de tecnologias leves e que o primeiro passo para a eficiência gerencial seja a capacidade de possuir uma visão mais dinâmica dos processos organizacionais. É preciso compreender que existem fatos que não se enquadram nas regras e determinações organizacionais; portanto, normas são insuficientes para direcionar as organizações. É necessário ter maior sentido de interdependência e lateralidade de pensamento para se compreender a realidade.

Uma crítica quanto aos riscos à excessiva formalização de procedimentos e certo engessamento da gestão da UBS é feita pelas referidas autoras ao destacar que[16]:

---

[15] VANDERLEI, Maria Iêda Gomes; ALMEIDA, Maria Cecília Puntel de. A concepção e prática dos gestores e gerentes da estratégia de saúde da família. Ciênc. saúde coletiva [online]. 2007, vol.12, n.2, pp.443-453. ISSN 1413-8123. Disponível em: https://www.scielosp.org/scielo.php?pid=S1413-81232007000200021&script=sci_arttext. Acesso em: 22 jan.2019.

[16] VANDERLEI, Maria Iêda Gomes. O gerenciamento na estratégia de saúde da família: o processo de trabalho dos gestores e dos gerentes municipais de saúde em municípios do Estado do Maranhão. Tese (Doutorado em Enfermagem em Saúde Pública). Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Ribeirão Preto, p. 53.

> Os serviços de saúde têm características que geram exigências particulares, em termos de organização e de gestão. Por isso, os serviços de saúde podem estabelecer suas normas administrativas e padrões de funcionamento, mas, ao mesmo tempo, não podem estar formalizados demais. Os prestadores precisam de autonomia para adaptar os serviços às necessidades específicas dos usuários. Isso convida a conceber organizações descentralizadas e flexíveis, isto é, com a capacidade autônoma de tomar decisões rápidas em função de seus problemas próprios e das peculiaridades de seu ambiente. A autonomia dos profissionais não é tanto um direito quanto uma condição necessária para a produção de serviços de qualidade.

Não obstante, no rol acima exposto das atividades a cargo da gestão encontram-se, também, atividades variadas que aproximam o gestor, em certos cenários, da figura do servidor de linha de frente.

São elas: atividades complementares ao trabalho de outros profissionais, incluindo dispensação de medicamentos, marcação de consultas e exames; atividades educativas voltadas para a saúde coletiva, englobando a vigilância epidemiológica, palestras sobre prevenção de doenças, participação e realização de eventos em saúde; bem como atividades próprias de enfermagem voltadas a indivíduos ou grupos específicos, ou a tratamentos peculiares, tais como crianças, mulher, pré-natal, coleta de exames, etc.

Quando da realização de tais atividades, com características mais técnicas do que de gestão em si, a figura do gestor acaba por se aproximar e se enquadrar, essencialmente, do conceito de *street level bureaucrats*.

Para o desempenho de tais atividades, possuem os gestores liberdade de decisão em muitas situações concretas cotidianas, com viés técnico.

4. As subjetividades públicas e seu exercício pelo gestor da UBS

Como apresentado nos tópicos anteriores, a atuação dos gestores de cada UBS engloba diversas atividades, ora relacionadas a questões administrativas, ora demandando funções técnicas propriamente ditas. Para o desempenho de tais atividades, cabe avaliar a eventual liberdade ou autonomia do gestor.[17]

André Saddy[18] salienta que as principais modalidades de atuação com subjetividade ou autonomia pública referem-se à *"liberdade conformadora do legislativo e do governo, a discricionariedade*

[17] Sobre os conceitos de subjetividade ou autonomia pública, André Saddy elucida que, "para exercer a função executiva, em especial a atividade administrativa, o Estado necessita de um grande número de agentes que detenham poderes, faculdades ou prerrogativas que são indispensáveis para a consecução dos fins públicos (...)" (SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2014, p. 94). De acordo com Bernardo Diniz de Ayala, "das várias acepções que o termo autonomia pode revestir podemos eleger uma, sem prejuízo de ulteriores precisões: espaço de livre criação de efeitos jurídicos. A chave da noção encontra-se na expressão livre criação, com ela pretendo reiterar que está em causa uma zona do mundo jurídico não conformada por qualquer norma interpretativa. Trata-se, em suma, de um espaço de liberdade." (AYALA, Bernardo Diniz. O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa. Lisboa: Lex, 1995, p. 26). Carlos Ari Sundfeld, por sua vez, destaca a relação da autonomia com uma norma que a fundamente. Segundo o autor, "para agir, o administrador deve contar com algum tipo de outorga de competência feita por lei, ainda que de modo relativamente amplo e aberto. Em princípio, a Administração não é autônoma, não pode agir sem base em lei alguma, não pode editar atos e norma totalmente autônomos". (SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para céticos. São Paulo: Malheiros, p. 157). Demonstrando a importância da fundamentação legal de todo o agir da Administração Pública, Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta que "os poderes que exerce o administrador púbico são regrados pelo sistema jurídico vigente. Não pode a autoridade ultrapassar os limites que a lei traça à sua atividade, sob pena de legalidade." (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, p. 218).

[18] SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2014, p. 261-266.

administrativa em sentido técnico-jurídico e a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados."

Não obstante, o autor realça a aceitabilidade, pela doutrina, de outra modalidade de subjetividade ou autonomia pública administrativa. E propõe, como quarta modalidade de atuação subjetiva, a apreciatividade.

Assim, dado o objeto do presente estudo, as tarefas a cargo do gestor de UBS serão relacionadas, quando e se aplicável, com os diferentes tipos de atuação subjetiva, quais sejam, (i) liberdade de conformação; (ii) margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados; (iii) discricionariedade; e (iv) apreciatividade.

A liberdade de conformação, em sua concepção mais usual e típica, por assim dizer, confere ao legislador[19] uma *"ampla margem de valoração subjetiva para a definição e o estabelecimento de opções políticas e legislativas a partir da legitimidade com que conta por via da representatividade."*[20]

É uma subjetividade, portanto, como regra, relacionada às escolhas a serem feitas pelo legislador quanto às mais diversas questões que lhe são submetidas, tais como políticas públicas.

Não obstante, é sabido que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário exercem tanto as funções que lhe são típicas como, em alguns

---

[19] De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho, *"o legislador é o órgão nato e natural da actividade legiferante destinada a dar aplicação aos preceitos constitucionais. A sua liberdade de actuação seria, deste modo, instrinsecamente mais ampla do que a da administração (que necessita sempre de autorização legal para a sua atividade) e o grau de vinculação material seria qualitativamente inferior (normas constitucionais como normas de competência e não como fundamento positivo da actividade legiferante)."* A liberdade de conformação é subjetividade tipicamente exercida pelo legislador que, na linha do exposto por Canotilho, possui, em regra, autonomia mais ampla do que o administrador público (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 217).

[20] SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2014, p. 132-133.

momentos, realizam funções atípicas, isto é, aquelas atividades que, de uma maneira geral, estão a cargo de algum outro poder. E a liberdade de conformação é um exemplo de autonomia a ser exercida tipicamente pelo legislador, mas que, eventualmente, pode ser desempenhada tanto pelo Judiciário quanto pelo Executivo e, por consequência, por gestores em geral, tais quais os gestores de UBS.

A margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados é uma subjetividade que decorre justamente da imprecisão ou vagueza do conceito jurídico ao qual se relaciona.

De acordo com António Francisco de Sousa[21], tais conceitos:

> Surgem com muito maior frequência no direito administrativo. Este fenômeno deve-se à natureza das funções da administração, sobretudo devido ao fato de a administração se orientar à satisfação de necessidades sociais. É que os conceitos indeterminados se apresentam ao legislador como um instrumento privilegiado para a atribuição de certo tipo de competências às autoridades administrativas para que estas possam reagir a tempo e de modo adequado aos imponderáveis da vida administrativa.

Portanto, é a imprecisão de certo conceito que gerará certa dose de autonomia ou subjetividade ao seu interprete. [22]

---

[21] SOUSA, António Francisco de. Os conceitos legais indeterminados do Direito Administrativo Alemão. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 166, p. 276-291, out-dez, 1986.

[22] Diogo de Figueiredo Moreira Neto elenca a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados como uma das "principais aberturas" ocorridas no Direito Administrativo de modo a conferir certa liberdade ao administrador público. Para o autor, a abertura legal decorrente da utilização de conceitos jurídicos indeterminados confere "ao administrador público o encargo da verificação casuística da existência de pressupostos para a sua ação, em razão da impossibilidade de prever a extensa gama de circunstâncias necessária para que se os caracterizassem com o desejado grau de certeza jurídica". (MOREIRA METO, Diogo de Figueiredo. Novas Mutações Juspolíticas. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 316).

Quanto à discricionariedade, de acordo com André Saddy[23], consiste na:

> [...] margem de liberdade/autonomia/volição conferida por uma norma jurídica à Administração Pública para a adoção ou não da atuação, entre as opções oferecidas alternativas e/ou disjuntivamente, que melhor atenda aos interesses públicos.

O conceito refere-se, portanto, a uma autonomia decorrente do previsto em determinada norma que legitimará a escolha do administrador público (considerando o objeto do presente estudo, do gestor da UBS).[24]

Marçal Justen Filho[25] faz um alerta relevante sobre o tema. Segundo o autor,

> [...] a discricionariedade não significa que a Administração Pública seria titular de uma reserva de poder para escolher entre diversas alternativas. Não existe um poder discricionário inerente à função administrativa. A discricionariedade é atribuída pelo direito ao disciplinar o desempenho da função administrativa.

---

[23] SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2014, p. 132-133.

[24] Tomás-Ramón Fernández, em sintonia com a noção de discricionariedade apresentada no presente estudo, realça que *"la Administración puede elegir libremente, cuando la Ley lo concede margen para ello, um solición concreta entre las varias legalmente possibles. El próprio margen creado al efecto por la Ley habilitante del poder discrecional hace que todas las soluciones susceptibles de ser imaginadas dentro de él sean, em princípio, indiferentes."* (FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario. Revista española de Derecho Administrativo, Madrid, n. 80, p. 585, oct-dic, 1993).

[25] JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 244-245.

Por ser a autonomia do administrador público limitada observados os parâmetros legais, André Saddy[26] faz menção à existência de *"limitação por meio de procedimentos interpretativos até chegar às alternativas ou opções válidas, ou seja, igualmente justas e idôneas em que a escolha, que poderá ou não ser feita pelo administrador, adotará somente critérios de política administrativa ou governamental considerados como apropriados pelo administrador"*.[27]

Quanto à quarta subjetividade proposta[28], qual seja, a apreciatividade, esta pode ser definida como a

> [...] margem de liberdade que a Administração dispõe para adotar uma eleição/decisão, normalmente rápida e rotineira, ante situações de fato que assim requeiram. São os casos em que as garantias procedimentais praticamente não existem, seja por estar diante de um caso de ação não deôntica ou pela imediatidade da atuação. A motivação formal prévia tampouco existe nessas hipóteses, ainda que se possa motivar ou justificar a atuação ulteriormente.

A noção de apreciatividade não está atrelada à existência de um procedimento administrativo prévio e formal que porventura guie a conduta do administrador. Aproxima-se de uma atuação menos formal da Administração Pública e é ferramenta a ser aplicada em situações que

---

[26] SADDY, André. Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 29.

[27] Juarez Freitas manifesta sua preocupação com o controle dos atos discricionários e salienta ser *"essencial, portanto, que o escrutínio dos atos administrativos, longe de se tornar paralisante, esteja endereçado à concretização das prioridades relacionadas ao direito fundamental à boa administração pública, entendido como direito à administração eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas"* (FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos. 5. ed. São Paulo: Malheiros, p. 328-329).

[28] SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 270.

requeiram atuações mais imediatas e urgentes a serem tomadas, cotidianamente, por servidores públicos em geral.[29]

Rememore-se que, com base na classificação sugerida por Maria Iêda Gomes Vanderlei, as atividades realizadas pelos gestores de UBS podem ser divididas em quatro grupos principais detalhados anteriormente. Doravante, tais grupos de atividades serão relacionados com as modalidades de subjetividades públicas que lhe são aplicáveis.

[29] Ao comparar a apreciatividade com a a discricionariedade, André Saddy afirma que "a discricionariedade é outorgada de forma explícita, a apreciatividade de forma implícita; na discricionariedade, normalmente, não se estabelece nenhum tipo de critério e/ou subcritério que guie sua conduta, na apreciatividade, comumente, tais critérios e/ou subcritérios existem previamente; a discricionariedade refere-se a ações deônticas, a apreciatividade a ações não deônticas; a discricionariedade requer um leito preestabelecido, por isso, exige-se um procedimento administrativo devido, na apreciatividade, não existe um procedimento administrativo prévio; na discricionariedade, exige-se motivação, na apreciatividade, não existe uma motivação formal prévia, ainda que se possa motivar ou justificar a atuação a posteriori; na discricionariedade, ao final, mediante um processo de eleição ou decisão, a alternativa ou opção deve vir modelada em um ato administrativo, a apreciatividade não possui necessariamente um ato administrativo formal ao final de sua execução; a discricionariedade exterioriza-se em atos administrativos, a apreciatividade na coação administrativa e na atividade técnica ou material da Administração; a margem de liberdade da discricionariedade é geral, a margem de liberdade da apreciatividade é normalmente em situações rotineiras, regulares e cotidianas realizadas com algum caráter imediato ou de urgência; na discricionariedade não se estabelecem nem critérios previamente estabelecidos, realiza-se apenas uma eleição ou decisão, na apreciatividade, há uma operação de discernimento ou ajuizamento para a aplicação da ordem, onde optará por critérios e subcritérios, ponderará seus interesses e fatores em conflito, e atribuirá pesos relativos às alternativas ou opções (SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2014, p. 399-400).

4.1 As atividades complementares ao trabalho de outros profissionais de saúde e a potencial incidência da liberdade de conformação e/ou da apreciatividade

O presente grupo de atividades engloba a realização de pré e pós-consultas, dispensação de medicação, marcação de consultas e exames, ministração de medicamentos, realização de curativos, organização de prontuários, bem como atividades de comunicação e transporte.[30]

Consideradas as diferentes subjetividades públicas que podem ser exercidas pelo gestor de UBS para o desempenho de tais tarefas, verifica-se o potencial exercício, principalmente, da liberdade de conformação, bem como da apreciatividade.

Isso porque, dada a expertise do gestor (seja de gestão em si, seja técnica - médica ou de enfermagem), cabe a ele estabelecer regras e procedimentos que serão aplicáveis na UBS de forma a organizar o cumprimento das atividades inseridas no presente grupo, exercendo a sua liberdade de conformação. É o gestor que, diante de seu conhecimento e experiência, irá realizar escolhas para definição do fluxo de trabalho da UBS.

No mais, diante do contato direto do gestor com os usuários da UBS e da necessidade de tomada de decisões imediatas, urgentes e cotidianas para a realização das atividades inseridas no presente grupo, verifica-se a potencial necessidade de exercício da apreciatividade.

Não se pode perder de vista que as tarefas em comento – em especial a ministração de medicamentos e realização de curativos - aproximam o gestor da figura do servidor de linha de frente e potencializam a utilização da já mencionada apreciatividade.

---

[30] VANDERLEI, Maria Iêda Gomes. O gerenciamento na estratégia de saúde da família: o processo de trabalho dos gestores e dos gerentes municipais de saúde em municípios do Estado do Maranhão. Tese (Doutorado em Enfermagem em Saúde Pública). Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Ribeirão Preto, p. 53

4.2 As atividades ligadas à preparação e manutenção da infraestrutura e gerência da UBS em si e a potencial incidência da liberdade de conformação, da discricionariedade e/ou da apreciatividade

Um segundo grupo de atividades desempenhadas pelo gestor de UBS engloba ações ligadas à organização, preparação e manutenção da infraestrutura da Unidade, bem como à sua gerência em si.

Mais uma vez, constata-se o potencial exercício da liberdade de conformação. Isso porque, é o gestor que, com base em seus conhecimentos de gestão, irá, dentre as opções que tem realizar escolhas referentes à infraestrutura e gestão em si da UBS.

Poderá levar em conta para o exercício de sua autonomia diferentes critérios, tais como aspectos técnicos, orçamentários, cronológicos, dentre outros.

Para constatação do potencial exercício da discricionariedade em relação ao presente grupo de atividades, é necessário levar-se em conta algumas disposições contidas em normas aplicáveis a cada UBS.

A Portaria nº 2.436, de 21 de setembro de 2017 (Portaria nº 2.436/2017), aprova a Política Nacional de Atenção Básica, estabelecendo a revisão de diretrizes para a organização da Atenção Básica, no âmbito do SUS.

Em seu texto, detidamente no item 3.3, recomenda-se o seguinte:

> 3.3 - Funcionamento
> Recomenda-se que as Unidades Básicas de Saúde tenham seu funcionamento com carga horária mínima de 40 horas/semanais, no mínimo 5 (cinco) dias da semana e nos 12 meses do ano, possibilitando acesso facilitado à população.
>
> Horários alternativos de funcionamento podem ser pactuados através das instâncias de participação social, desde que atendam expressamente a necessidade da

> população, observando, sempre que possível, a carga horária mínima descrita acima.

Pois bem. A norma legal confere a margem de liberdade ao gestor para a adoção de opções referentes aos dias e horários de funcionamento de modo que melhor sejam atendidos os usuários daquela UBS dadas as suas peculiaridades.

É conferida, ainda, autonomia ao gestor para eventual definição de dos horários (alternativos) de funcionamento a partir de "instâncias de participação social". Consta-se, portanto, a discricionariedade na definição do procedimento a ser seguido para definição dos dias e horários de funcionamento. Isto é, o gestor tem a faculdade de decidir se implementará ou não as referidas instâncias de participação social para condução do tema.

No mesmo item 3.3 da Portaria nº 2.436/2017, é estabelecida a margem populacional a ser atendida pela UBS (2.000 a 3.500 pessoas, localizada dentro do seu território) e também a possiblidade de que o gestor defina *"outro parâmetro populacional de responsabilidade da equipe, podendo ser maior ou menor do que o parâmetro recomendado, de acordo com as especificidades do território, assegurando-se a qualidade do cuidado"*.

Verifica-se, novamente, a possibilidade de atuação discricionária do gestor que poderá tomar diversos critérios para definir a população a ser atendida pela UBS visando assegurar ao público alvo a devida qualidade no atendimento a questões de saúde.

4.3 As atividades educativas voltadas para a saúde e a realização e participação em palestras e eventos em saúde e a potencial incidência da liberdade de conformação

Um terceiro grupo de atividades sob responsabilidade do gestor de UBS refere-se à realização de atividades educativas voltas para a saúde coletiva, englobando a vigilância epidemiológica, palestras sobre prevenção de doenças, participação e realização de eventos em saúde.

Constata-se, novamente, tomando-se como norte a boa prestação dos serviços de saúde aos usuários da UBS, a liberdade de conformação conferida ao gestor para planejar e executar as atividades educativas da Unidade e para decidir pela e quando da realização e participação em eventos e palestras ligados à saúde.

4.4 As atividades próprias de enfermagem e tratamentos peculiares e a potencial incidência da liberdade de conformação, da discricionariedade e/ou da apreciatividade

Por fim, quanto ao quarto grupo de atividades desempenhadas pelo gestor de UBS, constata-se o potencial exercício tanto da liberdade de conformação, da discricionariedade, quanto da apreciatividade.

São atividades que consistem em consultas de enfermagem para grupos específicos como crianças, pré-natal, mulher, adultos, dentre outros. Envolvem ainda a coleta de exames preventivos, prescrição de medicamentos padronizados e rotinas /técnicas de enfermagem.[31]

Cabe ao gestor estruturar e planejar a execução de tais serviços e, ainda, tomar decisões, em cada caso, quando à melhor técnica a ser aplicada, a rotina a ser seguida e os medicamentos a serem prescritos de acordo com o conhecimento que possui. Nesse cenário, verifica-se a potencial incidência da liberdade de conformação, já que caberá ao gestor definir, de acordo com sua técnica e dentre as opções que tem, como implementar as atividades de enfermagem e executar os tratamentos.

Em paralelo, verifica-se a possibilidade de atuação discricionária do gestor para a realização de atividades de enfermagem diante dos limites estabelecidos pela Lei nº 7.498, de 25 de junho de 1986 (Lei nº 7.498/1986), que regula o exercício da profissão de enfermagem. A

[31] VANDERLEI, Maria Iêda Gomes. O gerenciamento na estratégia de saúde da família: o processo de trabalho dos gestores e dos gerentes municipais de saúde em municípios do Estado do Maranhão. Tese (Doutorado). Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, p. 81-82.

margem de autonomia conferida ao gestor da UBS pela deve ser exercida e respeitada, cabendo ao gestor, dentre as opções oferecidas pela lei, optar pela que melhor atenda aos interesses públicos.

Um exemplo da potencial incidência da discricionariedade pode ser extraído da previsão contida no artigo 11, inciso I, alínea "c" da Lei nº 7.498/1986. De acordo com tal dispositivo legal, é conferida ao gestor (atuando como enfermeiro) liberdade de realizar o planejamento, organização, coordenação, execução e avaliação dos serviços da assistência de enfermagem. É o gestor que, autonomamente, definirá o modo de organização, coordenação, execução e avaliação de tais serviços.

Quanto à apreciatividade, nas demandas cotidianas e situações em concreto, sobretudo quando do contato direto com os usuários da UBS, deverá o gestor decidir de forma rápida e rotineira o procedimento a ser seguido e a técnica a ser aplicada. Constata-se, quanto a isso, o potencial exercício da apreciatividade.

Conclusões

Por todo o exposto no presente estudo, é possível concluir que UBS consiste em todo estabelecimento de saúde que preste serviços de Atenção Básica aos usuários do SUS. Tem como principais funções a de promover e proteger a saúde, realizando o tratamento e reabilitação de pacientes em geral, visando desenvolver uma atenção integral que impacte na situação de saúde e autonomia das pessoas e nos determinantes e condicionantes de saúde das coletividades.

Para que tais objetivos sejam alcançados, é fundamental que seja realizada uma gestão eficiente da UBS. Uma boa gestão contribuirá com que todo o planejamento e práticas relativos à Atenção Básica à Saúde sejam executados da melhor maneira possível, contribuindo com a melhor saúde da população de certo território.

O gestor de uma UBS atua ora como coordenador, supervisor ou gerente, assumindo funções primordialmente políticas e/ou

administrativas (de gestão propriamente dita) e ora como servidor de linha de frente, focado em funções primordialmente técnicas.

Seu trabalho engloba, fundamentalmente, quatro grupos de atividades, quais sejam, atividades complementares ao trabalho de outros profissionais de saúde; atividades ligadas à preparação e manutenção da infraestrutura e gerência da UBS em si; atividades educativas voltadas para a saúde e a realização e participação em palestras e eventos em saúde; e atividades próprias de enfermagem e tratamentos peculiares.

A execução de tais tarefas pelo gestor possibilita o exercício de subjetividades públicas. A autonomia do gestor pode ser desempenhada por meio da liberdade de conformação (ou de configuração), da margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados, da discricionariedade e/ou da apreciatividade.

Levando-se em conta os quatro grupos de atividades desempenhadas pelo gestor, constou-se que, em relação às atividades complementares ao trabalho de outros profissionais de saúde, há potencial incidência da liberdade de conformação e/ou da apreciatividade do gestor

Com referência às atividades ligadas à preparação e manutenção da infraestrutura e gerência da UBS em si, demonstrou-se a potencial incidência da liberdade de conformação, da discricionariedade e/ou da apreciatividade.

Já quanto às atividades educativas voltadas para a saúde e a realização e participação em palestras e eventos em saúde, evidenciou-se a potencial incidência da liberdade de conformação.

Por fim, as atividades próprias de enfermagem e tratamentos peculiares permitem, ao menos em tese, a incidência da liberdade de conformação, da discricionariedade e/ou da apreciatividade.

Referências

ANDRÉ, Adriana Maria; CIAMPONE, Maria Helena Trench. Competências para a gestão de Unidades Básicas de Saúde: percepção do gestor. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/21787/S0080-62342007000500017.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Acesso em: 22 jan.2019.

AYALA, Bernardo Diniz. O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa. Lisboa: Lex, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 218

FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario. Revista española de Derecho Administrativo, Madrid, n. 80, p. 585, oct-dic, 1993.

FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos. 5. ed. São Paulo: Malheiro, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MOREIRA METO, Diogo de Figueiredo. Novas Mutações Juspolíticas. Belo Horizonte: Fórum, 2016.NERY, Adriana Alves. Necessidades de saúde na estratégia de Saúde da Família, no município de Jequié-BA: em busca de uma tradução. Tese (Doutorado). Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto.

SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SADDY, André. Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SOUSA, António Francisco de. Os conceitos legais indeterminados do Direito Administrativo Alemão. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 166, p. 276-291, out-dez, 1986.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para céticos. São Paulo: Malheiros.

VANDERLEI, Maria Iêda Gomes Vanderlei; ALMEIDA, Maria Cecília Puntel de. A concepção e prática dos gestores e gerentes da estratégia de saúde da família. Disponível em: https://www.scielosp.org/scielo.php?pid=S1413-81232007000200021&script=sci_arttext. Acesso em: 22 jan.2019.

VANDERLEI, Maria Iêda Gomes. O gerenciamento na estratégia de saúde da família: o processo de trabalho dos gestores e dos gerentes municipais de saúde em municípios do Estado do Maranhão. Tese (Doutorado). Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto.

A SUBJETIVIDADE NA ATUAÇÃO DO MÉDICO GINECOLOGISTA OBSTETRA DURANTE O TRABALHO DE PARTO[1]

Mariana Cristina Monteiro Milani Rodrigues
Mestranda em Direito Constitucional do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal Fluminense (PPGDC); Especialista em Direito Administrativo. Integrante do grupo de pesquisas em "Direito Administrativo Contemporâneo – GDAC". Servidora Pública Federal. E-mail: marianamilani@id.uff.br

Sumário: Introdução. 1. Subjetividades Públicas. 2. O médico ginecologista e obstetra: características e atuação. 3. As possíveis escolhas durante o trabalho de parto. 3.1 Parto normal x parto cesárea. 3.2 A subjetividade na atuação médica durante o trabalho de parto na escolha da via de parto. 3.3 Procedimentos realizados durante o trabalho de parto: violência obstétrica, ocitocina, episiotomia, fórceps, manobra de kristeller e balão ou sonda. 3.4 A subjetividade na atuação médica nos procedimentos realizados durante o trabalho de parto. Conclusões. Referências

Introdução

A Constituição Federal estabelece como direito social a saúde, a segurança e a proteção à maternidade e à infância. O Estatuto da Criança e do Adolescente[2] assegura às mulheres acesso à programas e políticas

---

[1] Agradeço aos médicos ginecologistas e obstetras: Dr. Daniel Antônio Carrera Veja, Dr. Generoso Martins das Neves e Dra. Vivian Santanna Lima, pela disponibilidade e conversas, que muito me esclareceram acerca da atuação do médico ginecologista e obstetra servidor público, bem como os procedimentos e opções inerentes às atividades desempenhadas por estes profissionais.

[2] BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:

de saúde e planejamento reprodutivo, bem como a atenção humanizada à gravidez, ao parto, ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS.

Nesse sentido, uma das especialidades médicas mais exercidas no Brasil é a de Ginecologia e Obstetrícia[3]. A atuação do médico ginecologista e obstetra é única, uma vez que esse profissional é responsável pela manutenção da saúde das mulheres e trata de algumas fases mais significantes da vida, como o nascimento, reprodução, envelhecimento. Em diversos momentos do seu exercício profissional, a atuação deste profissional enfrenta uma série de desafios, particularmente este trabalho objetiva analisar a atuação deste profissional, e a carga subjetiva que ela detém, no momento do parto.

Tema atual, as premissas que envolvem o parto, como o tipo escolhido, o emprego de medicamentos, ou a escolha de procedimentos, também serão analisadas, a fim de conceituar e identificar se essas atuações também poderão ser subjetivas.

Esse fenômeno carece de análise jurídica, trata-se de temática interdisciplinar, a subjetividade do médico, servidor público, enquanto agente da linha de frente, é singular, uma vez que em seu cotidiano, além de enfrentar as incertezas decorrentes de intervenções ou não, enfrenta casuisticamente uma série de situações. A subjetividade na atuação deste profissional durante o trabalho de parto é ainda mais específica, pois lida também com a vulnerabilidade da parturiente neste processo, bem como as diretrizes emanadas sobre o tema.

No exercício da medicina, a atuação do médico deverá ter pautada pela atenção plena à saúde do ser humano, e em razão disso, deverá agir com zelo, utilizando seus conhecimentos e priorizando a saúde e bem-estar de seus pacientes.

---

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 20 de agosto de 2019.

[3] SCHEFFER, M. et al. Demografia Médica no Brasil 2018. São Paulo, SP: FMUSP, CFM, Cremesp, 2018. 286 p. ISBN: 978-85-87077-55-4

Desta forma, considerando todas as particularidades do exercício da medicina e do momento vivenciado pela parturiente, este trabalho se propõe a responder algumas perguntas, como: há subjetividade na atuação do médico ginecologista e obstetra durante o trabalho de parto? A atuação do médico ginecologista e obstetra é apreciativa? Qual o grau de subjetividade do médico ginecologista e obstetra diante do trabalho de parto, entre optar por uma cesárea, parto normal, episiotomia e outras intervenções decorrentes?

O trabalho se limitou a identificar o grau de subjetividade na atuação apenas do médico ginecologista e obstetra, e não dos demais membros da equipe, considerando as particularidades da atuação médico-paciente, ademais, limita-se à análise das subjetividades da atuação do médico servidor público, enquanto agente da Administração Pública, bem como as orientações e normas específicas que regem a matéria.

Importante salientar que as limitações impostas a esses profissionais, principalmente decorrentes de legislações e demais normativos não serão analisadas, quando abordadas, por meio de nota de rodapé. Da mesma forma, a questão econômica que permeia a matéria, considerando que a realidade no setor privado difere do serviço público também será apresentada em breves notas de rodapé.

A Pesquisa será quantitativa e qualitativa, analítica, a fim de explorar os conceitos básicos do objeto de pesquisa, com levantamento bibliográfico por meio de artigos, anais, livros e outras publicações que subsidiarão propostas aos problemas e empírica, uma vez que haverá análise jurisprudencial e levantamento de dados, utilização de manuais técnicos da área de saúde, especialmente do Conselho Federal de Medicina e outros documentos pertinentes.

Desse modo, o presente trabalho apresentará as subjetividades públicas, a partir da análise da atuação do profissional médico e obstetra durante o trabalho de parto. Para atingir o fim proposto, será analisado o trabalho deste especialista, suas competências e responsabilidades. Posteriormente será estudada as nuances do trabalho de parto, a partir da

escolha do tipo de parto pelo profissional, assim como procedimentos comuns adotados, que podem fazer parte deste momento. Por fim, a pesquisa adentrará no estudo das subjetividades e concluirá identificado as subjetividades presentes na atuação específica proposta.

1. Subjetividades públicas

Maria Sylvia Zanella Di Pietro [4], ensina que a Administração como conhecemos, em sentido subjetivo (como o conjunto de órgãos e pessoas que exercem a função administrativa do Estado), como em sentido objetivo (atividade concreta e imediata do estado), se estruturou a partir da formação do Estado de Direito.

Traçando algumas considerações sobre o período, ela continua, a Administração Pública, primordialmente não estava vinculada a qualquer norma que limitasse a sua atividade. Marcada pelo período do Estado Liberal de Direito e a consagração de princípios fundamentais, o direito administrativo, dentro do binômio direitos individuais e prerrogativas públicas estava preocupado principalmente com o primeiro aspecto.

A partir do Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade se apresenta expresso na Constituição Federal, e como um dos seus alicerces subtrai-se que todos os seus poderes são limitados pela Lei. Ocorre que, em algumas hipóteses a lei deixa certa margem de liberdade para atuação, mediante o caso concreto, podendo a autoridade optar, dentre as opções válidas no direito, assim, estaríamos diante do poder discricionário da Administração, que difere do vinculado pela liberdade de escolha, mediante juízo de conveniência e oportunidade.

[4] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988, 2ª edição, 2001, São Paulo. Editora Atlas

Antes de adentrar no mérito da discricionariedade administrativa, importante observar os ensinos de André Saddy[5], sobre as subjetividades ou autonomia inerentes à função administrativa do Estado, onde

> [...] cada uma dessas funções possui uma carga subjetiva ou de autonomia, uma valoração guiada de subjetividades, derivada de uma tomada de decisões inerentes a quem possui um poder e precisa expressá-lo. Importa pois, afirmar que as valorações objetivas ou de autonomia que permeiam toda e qualquer ação possuem distintos níveis quando se estuda sob o enfoque do estado. Costuma-me distinguir, assim, uma subjetividade ou autonomia pública do legislador, do julgado e do administrador. A diferença radica-se na existência ou não de um poder de eleição, no sentido de um ato voluntário que consiste em optar por seguir um curso de ação determinado quando existem distintas possibilidades excludentes.

Desta forma, estas podem ser divididas em três esferas: subjetividades ou autonomia pública legislativa, subjetividade ou autonomia pública jurisdicional, subjetividade ou autonomia pública executiva.

Ademais, a Administração executa suas funções por meio de seus poderes instrumentais, e utiliza diversos meios para manifestar a sua vontade. Esta forma de atuação subjetiva, conforme a obra de André Saddy[6], seriam, a liberdade de conformação ou configuração; discricionariedade administrativa em sentido técnico-jurídico, margem de libre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados e a nova categoria denominada apreciatividade administrativa.

Neste trabalho, como pretendeu-se trabalhar as subjetividades na atuação do médico público, analisaremos especificadamente a

---

[5] SADDY, André. Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016, p. 27/28

[6] SADDY, André. Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016.

subjetividade da atividade administrativa da função executiva, a discricionariedade e a apreciatividade administrativa. (André Saddy)

José dos Santos Carvalho Filho[7], afirma que a lei não é capaz de traçar rigidamente todas as condutas de um agente administrativo, embora a mesma procure definir alguns elementos que lhe restringem a atuação, em várias situações a própria lei lhes oferece a possibilidade de valoração da conduta, podendo o agente, em seu juízo de conveniência e oportunidade avaliar os atos que serão praticados na qualidade de administrador dos interesses coletivos, e continua

> Nessa prerrogativa de valoração é que se situa o poder discricionário. Poder discricionário, portanto, é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público. Em outras palavras, não obstante a discricionariedade constitua prerrogativa da Administração, seu objetivo maior é o atendimento aos interesses da coletividade.

Diogo de Figueiredo também apresenta algumas considerações acerca do instituto

> A discricionariedade desdobra, assim, para a Administração Pública, um novo espaço jurídico decisório

[7] CARVALHO FILHO, José dos Santos Manual de direito administrativo - 23. ed. rev., ampl. e atualizada até 31.12.2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p. 54/55
De outro modo, o autor define as atividades ditas vinculadas. Como não é objeto do trabalho observar as vinculações à que o agente se submete, importante informar que estas atividades ditas vinculadas são as atividades admilistrativas cuja execução fica inteiramente definida na lei. A própria lei dispõe sobre todos os elementos do ato a ser praticado pelo agente, não sendo concedida qualquer liberdade quanto à atividade a ser desempenhada e, por isso, submetendo-se por inteiro ao mandamento legal. Ao praticar atos vinculados, o agente limita-se a reproduzir os elementos da lei que os compõem, sem qualquer avaliação sobre a conveniência e a oportunidade da conduta. O mesmo já não ocorre quando pratica atos discricionários, como visto anteriormente.

> substantivo, dentro do qual seus agentes poderão, conforme a amplitude definida pelo legislador, escolher, total ou parcialmente, o motivo e o objeto de seus atos, ou ambos, sempre para realizar a boa administração.
> Há, pois, um conteúdo central na lei, que vincula o administrador público à específica finalidade a que se destina, mas esta vinculação já não mais se dá à legalidade estrita, pois esta ficou incompleta no comando legal, mas à legitimidade, que deverá ser necessariamente deduzida daquele conteúdo.[8]

André Saddy[9] também evidencia as características da discricionariedade

> Discricionariedade é, na sua essência, a margem de liberdade para eleger entre atuar ou não; e, elegendo, atuar, definir a conduta mais percuciente ante as circunstâncias concretas. Trata-se de margem de autonomia, de espaço de vontade de optar entre opções concedidas na norma, sopesando as ilações jurídicas, isto é, sendo essas opções de atuação ou de eleição entre consequências jurídicas.

Conclui-se, portanto, que a discricionariedade é uma permissão à apreciação subjetiva da Administração. No caso concreto, a busca pela mais adequada solução, mediante conveniência e oportunidade, desde que válidas no Direito. Trata-se, então, de liberdade, determinada margem de autonomia, conferida pela Lei à Administração, possibilitando à atuação estatal a ação que melhor atenda ao interesse público.

Desta forma, embora não se tenha esgotado todos os conceitos e características das quatro formas de atuação subjetiva da Administração,

---

[8] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Curso de direito administrativo*:* parte introdutória, parte geral e parte especial – 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 171

[9] SADDY, André. Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016, p. 153.

segundo André Saddy, quais sejam, a liberdade de conformação ou configuração; discricionariedade administrativa em sentido técnico-jurídico, margem de libre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados e a nova categoria denominada apreciatividade administrativa; por identificar um caráter principalmente discricionário e apreciativo na conduta do médico ginecologista e obstetra, será aprofundado o estudo acerca da subjetividade na atuação deste profissional da medicina.

2. O profissional de medicina

2.1 O médico ginecologista e obstetra: características e atuação

A obstetrícia é o ramo da medicina que estuda a reprodução da mulher, o médico ginecologista e obstetra é o especialista responsável, que assiste a mulher durante a gravidez e puerpério[10].

[10] A origem da profissão remonta ao início da civilização, de origem latina, o termo obstetrícia "*obstetrix*", é derivado do verbo "*obstare*" (ficar ao lado), sendo assim, significaria aquele que acompanha a mulher no trabalho de parto. Nos primórdios, o trabalho de parto era uma atividade exclusiva da parturiente, algum familiar ou parteira, com a evolução da medicina e da própria civilização, houve a necessidade da intervenção de um especialista. O editorial do Jornal do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, em estudo sobre a história das especialidades médicas, apresenta alguns fatos importantes sobre a origem das escolas médicas e o surgimento da especialidade

[...]Após 1929, a especialidade deixou de ser um ramo da cirurgia e com a fundação do British College of Obstetricians and Gynaecologists conquistou autonomia, que vem se ampliando com o tempo.

No Brasil, a atuação de médicos na obstetrícia ocorreu somente após a fundação da primeira escola médica, em 1808, por Dom João VI. A partir de então, o conhecimento médico foi introduzido e determinou definitivamente a presença da figura masculina nos cuidados da gestação e parto. Uma curiosidade: o primeiro médico a realizar cesarianas no Brasil foi Francisco Furquim Werneck de Almeida (1846-1908), formado em 1869 pela Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro.

Atualmente, a Ginecologia e Obstetrícia é umas das especialidades médicas reconhecidas pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.221/2018. Trata-se de especialidade única, uma vez que é a responsável pela manutenção da saúde das mulheres e trata de algumas fases mais significantes da vida, como o nascimento, reprodução, envelhecimento, sendo indivisível e clínico cirúrgica. Segundo estudos da demografia médica do Brasil em 2018, a Ginecologia e Obstetrícia é uma das quatro especialidades que representam 38,4% de todos os títulos de especialistas do Brasil, representa 8% dos titulados, ou 30.415 médicos. Regionalmente, a percentual de distribuição de especialistas por região é de: Norte 4,4%, Nordeste 17,7%, Sudeste 51,3%, Sul 16,8% e Centro-Oeste 9,7%[11].

A obrigatoriedade da presença do médico obstetra, nas maternidades onde se façam partos normais, de risco e cirúrgico, está consagrada na Resolução CFM nº 2.056/2013[12]. Ademais, a presença do obstetra para composição da equipe profissional mínima para unidade

[11] BRASIL. Conselho Federal de Medicina; Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo; Departamento de Medicina Preventiva da Faculdade de Medicina da USP. Demografia Médica no Brasil 2018 / Coordenação de Mário Scheffer; equipe de pesquisa: Alex Cassenote, Aline Gil Alves Guilloux, Aureliano Biancarelli, Bruno Alonso Miotto e Giulia Marcelino Mainardi. – São Paulo, 2018. Disponível em: http://www.epsjv.fiocruz.br/sites/default/files/files/DemografiaMedica2018%20(3).pdf. Acesso em 20 de agosto de 2019.

[12] Art. 27: A depender da natureza e da finalidade do estabelecimento que realiza assistência em regime de internação, parcial ou integral, além dos requisitos descritos no artigo anterior são também condições mínimas para o exercício da Medicina: I –centro cirúrgico com infraestrutura adequada aos procedimentos a serem aplicados; II –sala de parto normal e cirúrgico, em caso de maternidade; a) É obrigatória a presença de médico obstetra, anestesista e pediatra ou neonatologista nas maternidades onde se façam partos normais, de risco e cirúrgicos; b) Os partos normais, em gestantes de risco habitual, realizados por parteiras e enfermeiras obstétricas, em maternidades ou Centros de Parto devem ser supervisionados por médicos nos termos do artigo 22 parágrafos 1º e 2º desta resolução. C) Os Centros de Parto devem estar circunscritos à área da maternidade, com infraestrutura para abordar as emergências obstétricas imediatamente.

mistas, hospitais e maternidades para realização de parto é prevista na Portaria n° 569, de 1° de junho de 2001, do Ministério da Saúde no Anexo II do Artigo 1°[13], ainda, por obter formação específica na especialidade o médico obstetra será o coordenador natural da equipe de plantonistas que prestará os cuidados à gestante.

Destarte a obrigatoriedade da presença destes profissionais durante a realização do parto, as resoluções do Conselho Federal de Medicina e demais legislações brasileiras sobre o tema apresentam os pressupostos da assistência de qualidade aos indivíduos.

O trabalho médico como singular, não o torna nem mais nem menos valorizado que os demais trabalhos humanos, mas simplesmente diferente. A intersubjetividade do trabalho médico, quando da interação com o paciente, exige mais que conhecimento científico e habilidades tecnológicas: exige atitudes. Tal atuação ancora-se nos valores de compaixão, solidariedade e tolerância, necessários ao exercício da boa prática médica e ao sucesso terapêutico. O médico ampara e acolhe o paciente, que deposita sua confiança no profissional, ultrapassando o mero atendimento médico.[14]

Desta forma, os médicos ginecologistas e obstetras públicos, durante o trabalho de parto, podem ser considerados como servidores que atuam na linha de frente *(street-level bureaucrats)*[15]. A atuação destes

---

[13] As condições para a adequada assistência ao parto em todas as unidades integrantes do SUS têm como responsabilidades, dentro dos Recursos Humanos – garantir a equipe profissional mínima para unidades mistas, hospitais gerais e maternidades para a realização do parto: obstetra; pediatra/neonatologista; clínico geral; enfermeiro (preferencialmente com especialização em obstetrícia); auxiliar de enfermagem e auxiliar de serviços gerais.

[14] SOBRINHO, Carlito Lopes Nascimento; NASCIMENTO, Mônica de Andrade; CARVALHO, Fernando Martins. Ética e subjetividade no trabalho médico. Revista Bioética, 2004, v. 12, n.02, pg. 23-32. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/132/137. Acesso em: 21 de agosto de 2019.

[15] As subjetividades e autonomia públicas reside em todos os níveis da organização administrativa, segundo André Saddy, o Autor elenca os três tipos distintos de tomadores de decisão: a elite da Administração *(administrative elites)*, que possui

profissionais detém certo grau de apreciatividade, inerente às varíaveis observadas no momento específico do trabalho de parto.

A respeito da apreciatividade ANDRÉ SADDY explica que:

> [...] o agente público se sujeita a um pressuposto fático, a seu juízo individual, a fim de valorar se encaixa ou não em algumas previsões legais, tendo assim uma liberdade de movimentos, dada, principalmente, a natureza imprevisível dos fenômenos da vida real que podem requerer sua intervenção. Tal margem de manobra não costuma vir explicitada nas normas jurídicas que habilitem a competência ou conduta, pois é inerente e natural de algumas funções, estando, portanto, implicitamente atribuída.[16]

Assim, enquanto na discricionariedade o administrador opta por uma das consequências que a norma o autoriza, na apreciatividade o administrador tem total margem de eleição ou decisão, inclusive em

---

ampla liberdade de decisão e é influenciada por questões políticas, organizacionais e ambientais, os diretores e supervisores (*managers and supervisors*), que possuem liberdade de decisão limitada e são, normalmente influenciados pelas restrições organizacionais e os agentes de campo ou das ruas (*street-level bureaucrats*), que possuem ampla liberdade de decisão em muitos casos, estes, caracterizam-se pela tomada de decisão no momento, decidindo normalmente sozinho e de forma discricional, ademais, são aqueles servidores que atuam na linha de frente, que estão em contato direto com os cidadãos, desta forma, normalmente se associa a apreciatividade com os agentes de linha de frente.

A concepção de "*street-level bureaucrats*" surgiu em 1974, com Michel Lipsky, que define essa categoria como os agentes que representam a Administração diretamente e que exercem sua discricionariedade ao fazê-lo.

Assim, Michel Lipsky, citado por André Saddy também apresenta como atributo a atuação dos agentes de linha de frente enquanto criadores de políticas públicas. Nesse sentido "*street-level bureaucrats make policy in two related respects. They exercise wide discretion in decision about citizens with whom they interact. Then, when taken in concert, their individual actions add up to agency behavior.*

[16] SADDY, 2016, p. 271.

relação à critérios interpretativos, como é normalmente observado na atuação médica.

Ademais, particularmente, a atuação do profissional aqui estudado enfrenta outro desafio, qual seja, vulnerabilidade da parturiente no processo do trabalho de parto. Nesse sentido, destacando, em linhas gerais, a atuação humanística, característica que tem se tornado cada vez mais frequente na área médica, Amanda Netto Brum e Silvia Gomes Terra Leite [17], apresentam algumas considerações importantes

> A vivência da relação médico-paciente de forma em que o profissional da área médica ultrapasse as amarras da impessoalidade estabelecida com o paciente e que seja estruturada na confiança e colaboração contribui de forma fundamental para o resultado da superação da vulnerabilidade em que o sujeito-paciente se encontra.
> [...] Dentre os programas direcionados a humanização do cuidado destacam-se a Política Nacional de Humanização dos Serviços de Saúde (2003) e o Programa de Humanização do Pré-Natal e Nascimento (2000). Referidos programas têm como premissas o atendimento do sujeito-paciente de forma humana e solidária e, sobretudo, primam pela efetividade os princípios estruturantes que resguardam o direito à saúde

Em que pese a atuação humanizada das práticas e de atenção à saúde, e de sua ocupação de destaque nas recentes práticas de saúde, a conduta médica também apresenta carga subjetiva. Por esse ângulo, Carlito Lopes Nascimento Sobrinho, Monica de Andrade Nascimento e Fernando Martins Carvalho[18], apresentam algumas ponderações

---

[17] BRUM, Amanda Netto. A relação médico-paciente: um diálogo a partir da humanização do cuidado. Disponível em:https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigoa_relacao_medicopacienteum_dialogo_a_partir_da_humanizacao_do_cuidadoamandabrumesilvialeite.pdf. Acesso em: 11 de junho de 2019.

[18] SOBRINHO, Carlito Lopes Nascimento; NASCIMENTO, Mônica de Andrade; CARVALHO, Fernando Martins. Ética e subjetividade no trabalho médico. Revista

> Operar esses juízos e decisões exige certa criatividade. Logo, assume-se que o trabalho médico possui uma dimensão subjetiva, seja para o médico, que articula a racionalidade científica com a experiência pessoal e vice-versa, seja para o paciente, portador da subjetividade, que articula à sua experiência pessoal a orientação médica, aderindo ou não a mesma, exercitando, portanto, a sua autonomia.

Não bastasse as especificidades de sua atuação, médico ginecologista e obstetra seria responsável há uma década por 12% dos expedientes-denúncia e 30% dos processos ético-disciplinares perante o Conselho Regional de Medicina de São Paulo[19]. A existência de muitas denúncias nesta área é esperada já que a especialidade lida com procedimentos de maior risco, ou seja, tem uma probabilidade maior de resultados adversos, mesmo na inexistência de falhas por parte dos médicos.

3. As possíveis escolhas durante o trabalho de parto

3.1 Parto Normal x Parto Cesárea

A cada ano acontecem no Brasil cerca de 3 milhões de nascimentos, cerca de 98% deles acontecendo em estabelecimentos hospitalares, sejam públicos ou privados, desta forma, a cada ano, o

---

Bioética, 2004, v. 12, n.02, pg. 23-32. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/132/137. Acesso em: 21 de agosto de 2019.

[19] BOYACIYAN. Krikor. Ética em ginecologia e obstetrícia. 4ª edição. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2011 ISBN 978-85-89656-11-5. Disponível em:http://www.cremesp.org.br/library/modulos/publicacoes/pdf/etica_cremesp_2012_miolo.pdf. Acesso em: 25 de agosto de 2019

nascimento influencia parcela significativa da população brasileira, considerando as famílias e o seu meio social.[20]

Por seu turno, o parto nunca é tratado de forma apenas fisiológica, trata-se de um evento biossocial, ou seja, com uma função biológica universal inserida numa matriz social específica de cada cultura.[21]

O parto normal, também conhecido como parto vaginal acontece quando o bebê nasce pela vagina de maneira natural e não cirúrgica, algumas intervenções poderão ocorrer no processo e por se tratar de um processo fisiológico, essa seria a escolha mais viável, no entanto, pode apresentar repercussões negativas por determinação de intervenções prejudiciais à integridade física das gestantes como episiotomia ou uso de 6 fórceps.[22]

Enquanto evento natural, o parto normal não necessitaria de controle, mas sim de cuidados, porém como a prática costuma ser mais tecnocrática e centrada no médico, inclusive em hospitais de ensino, constituindo um grande desafio de saúde pública, o Ministério da Saúde vem exercendo seu papel normatizador e regulamentador e

---

[20] BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde. Diretrizes nacionais de assistência ao parto normal. Brasília, 2017. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/diretrizes_nacionais_assistencia_parto_normal.pdf. Acesso em 26 de agosto de 2019.

[21] BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. Pré-natal e Puerpério: atenção qualificada e humanizada – manual técnico/Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas – Brasília: Ministério da Saúde, 2005. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_pre_natal_puerperio_3ed.pdf. Acesso em 25 de agosto de 2019.

[22] SEVERO. Alexandre Rodrigues. Gestação e via de parto: influência sobre a pelve e assoalho pélvico de primíparas. Disponível em: http://www.tede.universidadefranciscana.edu.br:8080/bitstream/UFN-BDTD/654/5/Dissertacao_AlexandreRodriguesSevero.pdf. Acesso em: 25 de agosto de 2019.

implementando um conjunto de ações com o objetivo de melhorar a assistência obstétrica e humanizar esse momento.[23]

A cesariana ou parto cesáreo é definido como a extração do feto por meio de uma incisão na parede abdominal (laparotomia) e na parede uterina (histerotomia)[24].

A literatura apresenta a cesariana como procedimento mais traumático, associando a via de parto a riscos de complicações pós-parto graves como hemorragias, complicações oriundas de incisões cirúrgicas ou suturas utilizadas, paradas cardíacas, tromboembolismo venoso e infecção grave, ainda, o tempo de hospitalização se revela duas vezes maior quando comparado ao parto normal[25]

---

[23] SANTOS, Heliane Fernandes Lourenço; ARAÚJO, Marlei Monteiro. Políticas de Humanização ao pré-natal e parto: uma revisão da literatura. Revista Científica FacMais, Volume. VI, Número 2. Ano 2016/1º Semestre. ISSN 2238-8427. Disponível em: http://revistacientifica.facmais.com.br/wp-content/uploads/2016/07/Artigo-6-POL%C3%8DTICAS-DE-HUMANIZA%C3%87%C3%83O-AO-PR%C3%89-NATAL-E-PARTO.pdf. Acesso em 30 de agosto de 2019.

[24] BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. Pré-natal e Puerpério: atenção qualificada e humanizada – manual técnico/Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas – Brasília: Ministério da Saúde, 2005. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_pre_natal_puerperio_3ed.pdf. Acesso em 25 de agosto de 2019.

[25] SEVERO. Alexandre Rodrigues. Gestação e via de parto: influência sobre a pelve e assoalho pélvico de primíparas.. Disponível em: http://www.tede.universidadefranciscana.edu.br:8080/bitstream/UFN-BDTD/654/5/Dissertacao_AlexandreRodriguesSevero.pdf. Acesso em: 25 de agosto de 2019.

O Brasil é o segundo país com maior taxa de cesárea no mundo, perdendo apenas para a república Dominicana, dos partos realizados no SUS, 50%[26] são cesáreas, e na rede privada o índice sobre para 83%[27].

A despeito dos partos realizados no setor público, que é objeto deste trabalho, a alta taxa de cesáreas realizadas no setor privado leva à percepção que as taxas são influenciadas por condições socioeconômicas, fontes de financiamento dos serviços de saúde e modelo vigente de atenção médica. A possibilidade da escolha da data, e a expectativa que a opção seria a mais segura, o medo da dor e de intervenções cirúrgicas como a episiotomia, bem como a comodidade de agendamento pelo médico que acompanha a gestante, são fatores que contribuem para a escolha. [28]

No entanto, algumas iniciativas de estímulo ao parto natural têm sido propostas por organismos internacionais como OMS e OPAS e servido de modelo para as políticas nacionais. Em 2000 a Organização das Nações Unidas – ONU propôs oito objetivos, denominados "Objetivos do Milênio", dentre os quais encontram-se "Melhorar a saúde das gestantes" e "Reduzir a Mortalidade Infantil". O Brasil, assim como os demais estados-membros da Assembleia Geral da ONU, assumiu o compromisso de empreender esforços em prol do alcance de tais objetivos até o ano de 2015.

---

[26] BRASIL. Ministério da Saúde (MS). Departamento de Informática do SUS (DATASUS). Indicadores de Saúde. Disponível em: http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?idb2012/f08.def. Acesso em 10 de outubro de 2019.

[27] BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Taxas de partos cesáreos por operadora de plano de saúde. Disponível em: http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/informacoes-e-avaliacoes-de-operadoras/taxas-de-partos-cesareos-por-operadora-de-plano-de-saude. Acesso em: 10 de outubro de 2019.

[28] BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Nova organização do cuidado ao parto e nascimento para melhores resultados de saúde, 2016. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/web_total_parto_adequado.pdf. Acesso em 10 de outubro de 2019.

Em 2003, no Brasil, foi criada a Política Nacional de Humanização (PNH) da atenção e da Gestão no Sistema Único de Saúde (SUS) no cotidiano das práticas de atenção e gestão, com o intuito de qualificar a saúde e transformar a relação entre gestores, trabalhadores e usuários.[29]

Consoante o compromisso firmado entre os estados-membros da Assembleia Geral da ONU, em 2004, foi lançado pela Presidência da República, após aprovação na Comissão Intergestores Tripartite e no Conselho Nacional de Saúde, o Pacto Nacional pela Redução da Mortalidade Materna e Neonatal. Em 2005, afirmando-se como política de Estado, foi composta a Comissão Nacional de Monitoramento e Avaliação da Implementação do Pacto Nacional pela Redução da Mortalidade Materna e Neonatal.[30]

Em 2017, o Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde, elaborou uma cartilha com Diretrizes nacionais de assistência ao parto normal, este documento traz algumas considerações importantes acerta da boas práticas em atenção ao parto, bem como considerações sobre a instituição da Rede Cegonha[31] no âmbito do SUS

---

[29] SANTOS, Nágela Cristine Pinheiro Santos. Comparação de desfechos maternos e neonatais em um centro de parto normal e hospitais públicos do SUS em partos de baixo risco, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/35290/2/ve_Nagela_Cristine_ENSP_2018. Acesso em: 30 de agosto de 2019

[30] BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. O modelo de atenção obstétrica no setor de saúde suplementar no Brasil: cenários e perspectivas, Rio de janeiro, 2008. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/ProdEditorialANS_O_Modelo_da_atencao_obstetrica_no_setor_da_SS.pdf. Acesso em 25 de agosto de 2019

[31] A PORTARIA Nº 1.459, DE 24 DE JUNHO DE 2011 Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS - a Rede Cegonha, a fim de assegurar à mulher o direto ao planejamento reprodutivos e atenção humanizada à gravidez ao parto e ao puerpério

Em junho de 2011 o Governo Brasileiro instituiu a Rede Cegonha no âmbito do SUS (Sistema Único de Saúde), visando a assegurar à mulher o direito ao planejamento reprodutivo e à atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério, bem como à criança o direito ao nascimento seguro e ao crescimento e ao desenvolvimento saudáveis. Entre os objetivos da Rede Cegonha está o de "fomentar a implementação de novo modelo de atenção à saúde da mulher e à saúde da criança com foco na atenção ao parto, ao nascimento, ao crescimento e ao desenvolvimento da criança de zero aos vinte e quatro meses". No componente Parto e Nascimento da Rede Cegonha figura como ação a adoção de práticas de atenção à saúde baseada em evidências científicas nos termos do documento da Organização Mundial da Saúde, de 1996: "Boas práticas de atenção ao parto e ao nascimento". Seguindo essas determinações, o Ministério da Saúde, por meio da Secretaria de Atenção à Saúde, da Secretaria de Ciência Tecnologia e Insumos Estratégicos e seus respectivos Departamento de Ações Programáticas e Estratégicas e Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde (DGITS), solicitou à Coordenação-Geral da Saúde da Mulher (CGSM) e à Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC) a elaboração de diretrizes para a assistência ao parto normal, para utilização no SUS e Saúde Suplementar no Brasil.[32]

(pós-parto), bem como as crianças têm o direito ao nascimento seguro e ao crescimento e desenvolvimento saudáveis.

[32] BRASIL. Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde. Diretrizes nacionais de assistência ao parto normal. Brasília, 2017. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/diretrizes_nacionais_assistencia_parto_normal.pdf. Acesso em 30 de agosto de 2019.

3.2 A subjetividade na atuação médica durante o trabalho de parto na escolha da via de parto

O Código de Ética Médica[33] em seus princípios fundamentais, consagra que, o médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho.

Ainda, apresenta que nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou instituição, pública ou privada, limitará a escolha, pelo médico, dos meios cientificamente reconhecidos a serem praticados para o estabelecimento do diagnóstico e da execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente.

No tópico II, referente aos direitos do médico, encontramos que é direito do médico indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respaldadas na legislação vigente.

O Conselho Federal de Medicina já se posicionou acerca da autonomia médica:

> A relação médico/paciente é estabelecida sob a autonomia de ambos. Do médico, no seu direito de exercer livremente seu ofício, decidindo o que de melhor pode ser utilizado em benefício de seu paciente. Deste, de ter condições de decidir livre e conscientemente sobre a aceitação ou recusa de quaisquer procedimentos a serem utilizados no tratamento, prevenção ou recuperação dos agravos à sua saúde. Principal pilar normativo de nossos deveres éticos, a autonomia profissional já é contemplada no Código de Ética Médico. Entendemos, caber ao médico, dentro das normas

[33] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 1.931*, de 17 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília, DF, 2009. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm. Acesso em: 01 de setembro de 2019.

> emanadas pela legislação vigente, o direito de exercer sua profissão com a autonomia exigida por este mister[34]

Sobre a possível margem de escolha durante o trabalho de parto e parto, conforme verificamos, o Ministério da Saúde, por intermédio do SUS, bem orientações de organismos nacionais e internacionais, há um fomento difundido acerca dos benefícios e recomendações acerca do parto normal.

Quanto à realização de cesárea, sobre a autonomia da parturiente[35] e do médico ginecologista e obstetra na escolha do tipo de parto, o Conselho Federal de Medicina em sua resolução de nº 2.144/2016, entendeu que é ético o médico realizar a cesariana a pedido, e se houver discordância entre a decisão médica e a vontade da gestante, o médico poderá alegar o seu direito de autonomia profissional e, nestes casos, referenciar a gestante a outro profissional.

A própria resolução aduz

> Ressalta-se que, para garantir a segurança do feto, a cesariana a pedido da gestante, nas situações de risco habitual, somente poderá ser realizada a partir da 39ª semana de gestação, devendo haver o registro em prontuário. Portanto, é ético o médico atender à vontade da gestante de realizar parto cesariano, garantida a autonomia do médico, da paciente e a segurança do binômio materno-Fetal, após esclarecimento dos riscos, elaborado o

[34] BRASIL Conselho Federal de Medicina. Parecer nº 37/2018. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2018/37. Acesso em: 01 de setembro de 2019.

[35] Eduardo Dantas, apresenta importantes considerações sobre a bioética e o princípio da autonomia do paciente na obra Direito Médico. Salvador. Juspodivm, 2019. Importante salientar que o princípio seria um limitador da atuação do médico ginecologista e obstetra, uma vez que o referido princípio interpreta os melhores interesses do paciente exclusivamente a partir do ponto de vista do próprio enfermo, sem levar em conta o valor objetivo que a medicina reconhece a cada situação. O modelo autônomo utiliza como base o juízo de valor específico de cada indivíduo, em função dos seus ideais, crenças, formação.

consentimento livre e esclarecido e seguindo rigorosamente o disposto na Resolução CFM nº 2144/16.

O trabalho de parto compreende, do ponto de vista clínico, quatro períodos: o primeiro (dilatação) estende-se do início do trabalho de parto até a dilatação total; o segundo (expulsão) vai do final da dilatação até a expulsão do feto; o terceiro (de livramento) corresponde à expulsão da placenta e demais anexos fetais; e o quarto, que se prolonga por uma hora após o parto, e inclui risco de complicações imediatas, principalmente hemorrágicas.[36]

O parto caracteriza-se como uma expulsão, e o profissional médico deve acompanhar o sofrimento suportável do bebê e avaliar os riscos e melhores procedimentos no caso concreto.

Durante o trabalho de parto, o médico ginecologista e obstetra lida com situações inerentes ao momento e alguns fatores interferem na atuação deste profissional. Fatores como a quantidade de partos já sofridos pela parturiente (Nulípara: nunca pariu, Primípara: pariu uma vez e Multípara: pariu várias vezes) podem interferir na evolução natural do parto, assim como a observância aos diâmetros da bacia e dimensões da pelve, a nutrição do feto, que diminui a cada contração, a presença de mecônio, a presença de doenças venéreas, o rompimento da bolsa antes do trabalho de trabalho de parto, dentre outros, que podem interferir também na tomada de decisão do médico que acompanha o trabalho de parto.

Neste sentido, embora as recomendações nacionais e internacionais[37], incentivando o parto normal, enquanto política pública,

---

[36] CUNHA, Alfredo de Almeida. Indicações do parto a fórceps. Disponível em: http://files.bvs.br/upload/S/0100-7254/2011/v39n12/a2974.pdf. Acesso em 10 de outubro de 2019.

[37] ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. WHO recommendations: intrapartum care for a positive childbirth experience. Disponível em: https://www.who.int/reproductivehealth/publications/intrapartum-careguidelines/en/. Acesso em: 12 de junho de 2019.

restringem de certa foram a liberdade de escolha, no caso concreto a conduta ainda será discricionária algumas vezes e em sua maioria será apreciativa, mediante a necessidade imposta pela particularidade da situação.

Traçadas algumas considerações importantes sobre os tipos de parto, as práticas nacionais e internacionais para promover o bem estar da parturiente, e a subjetividade presente na atuação do médico ginecologista e obstetra, estudaremos também algumas possíveis intervenções que podem ocorrer durante o parto.

3.3 Procedimentos realizados durante o trabalho de parto: violência obstétrica, ocitocina, episiotomia, fórceps, manobra de kristeller e balão ou sonda

Ultrapassada a escolha da via de parto (normal ou cesárea) durante o processo de trabalho de parto, o profissional médico ginecologista e obstetra enfrenta outros desafios de escolhas inerentes ao processo. Sem o intuito de esgotar os procedimentos médicos que poderão ser adotados, serão abordados alguns mais comuns.

O termo "violência obstétrica" surgiu na América Latina em 2000, com o surgimento dos movimentos sociais em defesa do nascimento humanizado. O termo, muitas vezes generalizado, é usado para descrever desde a assistência ao parto excessivamente

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, 2005. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf. Acesso em: 10 de junho de 2019.

medicalizado, até a violência física contra a parturiente. No Brasil, não há legislação vigente que preconize a violência obstétrica.[3839]

[38] OLIVEIRA, Luaralica Gomes Souto Maior de; ALBUQUERQUE, Aline. Violência obstétrica e direitos humanos dos pacientes. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-CEJ_n.75.03.pdf. Acesso em: 30 de agosto de 2019.

[39] BRASIL Conselho Federal de Medicina. Parecer nº 37/2018. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2018/37. Acesso em: 01 de setembro de 2019. Alguns projetos de Lei tramitam no acerca da violência obstétria: PL 7.633/2014 Deputado Jean Wyllis (PSOL-RJ). Ementa: "Dispõe sobre a humanização da assistência à mulher e ao neonato durante o ciclo gravídico puerperal e dá outras providências".Pretendendo valorizar a humanização no nascimento e assegurar a autonomia das mulheres na assistência ao parto, este PL restringe bastante a autonomia do médico que assiste o parto, impedindo a realização de procedimentos utilizados para a condução ativa do trabalho de parto, tais como: administração de ocitocina; amniotomia; episiotomia; extração manual da placenta e outros. Garante o direito da gestante de manifestar sua vontade no Plano Individual de Parto. Define violência obstétrica como: "a apropriação do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres pelos(as) profissionais de saúde através do tratamento desumanizado, abuso da medicalização e patologização dos processos naturais, que causa a perda da autonomia e capacidade das mulheres de decidir livremente sobre seus corpos e sua sexualidade". Propõe a criação de comissões institucionais, municipais e estaduais para "monitoramento do índice de cesarianas e das boas práticas obstétricas" em toda instituição ou estabelecimento obstétrico, público ou privado, de saúde suplementar, com total autonomia de atuação e obrigatoriedade de enviar relatório consolidado periodicamente ao Ministério da Saúde. Finalmente, exige que os cursos de graduação de profissionais de saúde sejam obrigados a implementar em suas diretrizes curriculares os conteúdos dispostos neste PL.Penas: "As instituições e os/as profissionais que não cumprirem o estabelecido nesta Lei responderão no âmbito civil, penal e administrativo por suas ações e/ou omissões".PL 7.067/2017 –Deputada federal Jô Moraes (PCdoB-MG) Ementa: "Dispõe sobre medidas de proteção contra a violência obstétrica e de divulgação de boas práticas para a atenção à gravidez, parto, nascimento, abortamento e puerpério". Tem por objeto: "a adoção de medidas de proteção contra a violência obstétrica e divulgação de boas práticas para a atenção à gravidez, parto, nascimento, abortamento e puerpério". Texto muito semelhante ao PL 7.633/2014, porém mais sucinto. Destaque para a obrigatoriedade da elaboração do plano de parto e de afixação de

O Conselho Federal de Medicina, ao se posicionar sobre o tema, trouxe algumas críticas, sugerindo outra designação, pois considera a expressão agressiva à categoria médica de ginecologia e obstetrícia

> A expressão "violência obstétrica" é um termo que vem sendo utilizado mais recentemente no Brasil, como intuito de substituir a expressão "violência no parto". Em geral, a violência institucional se relaciona com um amplo espectro de profissionais e personagens não apenas da área de saúde, mas também com entidades públicas, privadas e qualquer organização da sociedade civil.
> Desta forma, a expressão "violência obstétrica" tem produzido grande indignação entre os obstetras, pois seu uso tem se voltado em desfavor da nossa especialidade, impregnada de uma agressividade que beira a histeria, e responsabilizando somente os médicos por todo ato que possa indicar violência ou discriminação contra a mulher.

Como o intuito do trabalho está em analisar possível atuação subjetiva do médico ginecologista e obstetra durante o trabalho de parto, os possíveis procedimentos serão apresentados sem que se faça possível alusão a caracterização ou não do procedimento como violência obstétrica.

A fim de exemplificar um procedimento que poderá ser adotado no momento do parto, o emprego da oxitocina, hormônio produzido pelo organismo, mas sintetizado na década de 1950 e utilizado na obstetrícia para induzir e acelerar o trabalho de parto, apresenta alguns benefícios conhecidos como a melhoria das contrações. Ela é frequentemente

---

cartazes nas instituições de saúde informando sobre a lei, sugerindo denunciar possíveis situações de "violência obstétrica". Penas: "O descumprimento dessa lei sujeitará os infratores às penas previstas na legislação da esfera sanitária, penal e civil". PL 8.219/2017 –Deputado federal Francisco Floriano (DEM-RJ) Ementa: "Dispõe sobre a violência obstétrica praticada por médicos e/ou profissionais de saúde contra mulheres em trabalho de parto ou logo após". Texto semelhante aos projetos anteriores, e mais sucinto. Destaque para a pena, caso o profissional infrinja a lei: "Detenção, de seis meses a dois anos, e multa".

utilizada na prática obstétrica moderna, para aumentar a atividade uterina quando ocorre uma falha no trabalho de parto, com o objetivo de permitir que o processo de parto progrida para um parto vaginal.[40]

Marina Nucci, Andreza Rodrigues Nakano e Luiz Antônio Teixeira[41], apresentam que a Organização Mundial da Saúde alertou sobre a necessidade de rever o modelo biomédico de assistência durante a gravidez e o parto, caracterizado por um elevado intervencionismo e uma medicalização excessiva em países desenvolvidos. Em suas recomendações sobre o cuidado no parto normal, considerou inadequadas certas práticas e intervenções, tais como a amniotomia ou a ruptura artificial precoce da bolsa amniótica e o uso banal de oxitocina, entre outras.

Como conclusão, os autores entendem que a estimulação com oxitocina não deve ser utilizada de maneira sistemática, mas apenas em casos muito específicos e onde o seu uso seja particularmente necessário.

Outro procedimento que pode ser utilizado durante o parto é a episiotomia ou "pique", Luaralica Gomes Souto Maior de Oliveira e Aline Albuquerque, apresentam que esse tipo de cirurgia é realizada na vulva, cortando a entrada da vagina com uma tesoura ou bisturi, algumas vezes sem anestesia, que pode provocar vários problemas que variam no que se refere à gravidade de 1° ao 4° grau, como maior perda de sangue, mais dor durante o parto, hematoma, maior risco de laceração do ânus (que pode causar incontinência fecal), e ainda concluem

---

[40] LOPEZOSA. Pedro Hidalgo; MAESTRE, María Hidalgo; BORREGO, María Aurora Rodríguez. Estimulação do parto com oxitocina: efeitos nos resultados obstétricos e neonatais. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rlae/v24/pt_0104-1169-rlae-24-02744.pdf. Acesso em: 30 de agosto de 2019.

[41] NUCCI, Marina; NAKANO, Andreza Rodrigues; TEIXEIRA, Luiz Antônio. Synthetic oxytocin and hastening labor: reflections on the synthesis and early use of oxytocin in Brazilian obstetrics. História, Ciências, Saúde – Manguinhos, Rio de Janeiro, v.25, n.4, out.-dez. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/hcsm/v25n4/en_0104-5970-hcsm-25-04-0979.pdf. Acesso em: 01 de setembro de 2019.

> No Brasil, a episiotomia é, usualmente, realizada sem o consentimento da paciente e sem que ela seja informada sobre sua necessidade, seus riscos, seus possíveis benefícios e efeitos adversos. De acordo com a Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher, realizado pelo Ministério da Saúde, estima- -se que a episiotomia é realizada em 94% dos partos normais no Brasil. Por tais motivos, a episiotomia de rotina tem sido considerada por vários autores como uma forma de mutilação genital feminina. Outra prática diz respeito à sujeição da parturiente a procedimentos desnecessários, dolorosos, e que estabeleçam maiores riscos e complicações, com o escopo de fornecer aprendizado aos estudantes na área da saúde como o uso do toque vaginal, que desrespeita a integridade física das pacientes, bem como seu direito à privacidade. Tal prática é considerada, no contexto dos direitos reprodutivos, violência obstétrica de caráter institucional.[42]

A extração à vácuo ou o uso de fórceps também pode ser verificado durante o trabalho de parto. Trata-se de um instrumento destinado a apreender a cabeça fetal e extraí-la através do canal do parto. As ações que podem ser exercidas pelo fórceps para ultimar o parto compreendem preensão, rotação e tração, detalhadas nos textos especializados. Segundo dados do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, a realização de parto por via baixa com auxílio de fórceps é usado em obstetrícia de longa data, porém na atualidade a única indicação restante é o uso do fórceps de alívio, quando há uma

[42] OLIVEIRA, Luaralica Gomes Souto Maior de; ALBUQUERQUE, Aline. Violência obstétrica e direitos humanos dos pacientes. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-CEJ_n.75.03.pdf. Acesso em: 30 de agosto de 2019.

apresentação baixa do polo cefálico, visando reduzir o tempo do período expulsivo[43].

Procedimento também realizável durante o trabalho de parto, a Manobra de Kristeller (ou técnica de Kristeller), idealizada pelo ginecologista alemão Samuel Kristeller (1820–1900), que a descreveu em 1867 é uma manobra obstétrica executada durante o parto que consiste na aplicação de pressão na parte superior do útero com o objetivo de facilitar a saída do bebê.

Nas diretrizes nacionais de assistência ao Parto Normal o procedimento é indicado apenas em fase específica do trabalho de parto: Deve-se apoiar a realização de puxos espontâneos no segundo período do trabalho de parto em mulheres sem analgesia, evitando os puxos dirigidos[44].

No Guia dos Direitos da Gestante e do Bebê, publicado pelo Ministério Público, Ministério da Saúde e Unicef (Fundo das Nações Unidas para a Infância), é estabelecido que não se deve jamais empurrar a barriga da mulher para forçar a saída do bebê (manobra de Kristeller) porque isso expõe a mulher e o bebê a riscos[45].

Segundo dados do SUS, não existem quaisquer evidências de que pressão sobre o fundo uterino no período expulsivo (Manobra de

---

[43] BRASIL. Conselho Regional de Medicina. Consulta nº 48.140/98. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmsp/pareceres/1998/48140_1998.htm. Acesso em 10 de outubro de 2019.

[44] BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde. Diretrizes nacionais de assistência ao parto normal. Brasília, 2017. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/diretrizes_nacionais_assistencia_parto_normal.pdf. Acesso em 26 de agosto de 2019.

[45] UNICEF. Fundo das Nações Unidas para a infância. Guia dos Direitos da Gestante e do Bebê. São Paulo: Globo, 2011. ISBN 978-85-2504-939-1. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/media/2351/file/Guia_dos_Direitos_da_Gestante_e_do_Bebe.pdf. Acesso em: 10 de outubro de 2019.

Kristeller) tenha qualquer benefício para o feto ou para a mãe. Apesar disso, é realizada em cerca de 1/3 das mulheres brasileiras[46].

Outro procedimento que poderá ser realizado durante o trabalho de parto, a utilização da Sonda de Foley é usada na indução do trabalho de parto, principalmente nos casos em que há contraindicação para uso das prostaglandinas, como na presença de cesariana anterior. Tal método consiste na inserção da sonda ultrapassando o orifício interno do colo uterino, enchimento do balão e tração por fixação da sonda à perna da gestante. Trata-se de opção quando a paciente apresenta alguma contraindicação ao uso de métodos farmacológicos[47].

Apresentadas algumas características de procedimentos que podem ser realizados durante o trabalho de parto, analisaremos a carga subjetiva da atuação médica durante estes processos.

3.4 A subjetividade na atuação médica durante os procedimentos realizados durante o trabalho de parto

O CFM, ainda no parecer nº 37/2016, apresenta que a justificativa habitual para o uso da episiotomia inclui a prevenção de trauma severo no períneo, danos ao assoalho pélvico, dentre outros, mas que, embora seu uso seja indiscriminado, não há evidencias que os benefícios ultrapassam os malefícios. E conclui que a escolha pelo procedimento deverá ser relacionada à prática útil ou necessária, após avaliação clínica, aplicada caso a caso.

---

[46] BRASIL. Sistema Único de Saúde. Deixar de fazer Manobra de Kristeller: por que e como?. Disponível em: http://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/atencao-mulher/deixar-de-fazer-manobra-de-kristeller-por-que-e-como/. Acesso em: 10 de outubro de 2019.

[47] SOUZA, Alex Sandro Rolland e outros. Método mecânico de indução do parto em gestantes de alto risco com cesariana anterior. Recife, DOI: 10.1590/SO100-720320150005120. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rbgo/v37n3/0100-7203-rbgo-37-03-00127.pdf. Acesso em: 10 de outubro de 2019.

De acordo com os dados de 2010, do Ministério da Saúde, 98% dos partos no Brasil são hospitalares[48]. É indiscutível, como já explorado, que o momento do parto é um período único da vida da mulher e de sua família.

O uso da episiotomia, a utilização de ocitocina, o uso de fórceps, manobra de kristeller e balão ou sonda, são relacionadas à prática útil e necessária após avaliação clínica, o estímulo das recomendações e orientações normativas diz respeito à valoração profissional acerca da necessidade/utilidade mediante o caso concreto.

Desta forma, apesar de amplamente difundido, questões como essa relacionadas normalmente ao termo violência obstétrica, não apresentam vinculações legais que obriguem a classe médica.

Assim, diante do exposto percebe-se que o médico, agente que se enquadra na hierarquia servidores de linha de frente, terá uma atuação discricionária e apreciativa na escolha do tipo de parto, bem como sua atuação será apreciativa na durante os procedimentos realizados durante o trabalho de parto.

Destarte o exposto, sobre as possíveis intercorrências entre no momento do parto, é perceptível algumas mudanças no cenário da ginecologia e obstetrícia. O Plano de Parto, documento que especifica as opções da parturiente, no que diz respeito ao seu trabalho de parto, como desejo de evitar ou não episiotomia, recusa ou não do emprego de ocitocina, dentre outras questões que a paciente poderá apresentar vem sendo utilizado em alguns casos. Como este modelo poderá ser um limitador na possível atuação subjetiva do médico, este trabalho não abordará tal instituto

[48]BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde. Diretrizes nacionais de assistência ao parto normal. Brasília, 2017. Disponível em

Conclusões

Algumas competências e particularidades da especialidade médica de ginecologia e obstetra foram apresentadas. Como o intuito do presente trabalho foi identificar possíveis subjetividades na atuação deste profissional, especialmente o médico servidor público, uma vez que a competências destes profissionais, é regulamentada por normas norteadoras, foram observadas as principais escolhas que envolvem o trabalho de parto e o parto em si, como a escolha entre parto normal e cesárea, utilização de ocitocina ou realização de episiotomia e a autorização de acompanhante à parturiente. O trabalho não pretendeu esgotar todos os procedimentos inerentes ao momento do parto.

Desta forma, a primeira conclusão foi de que o médico ginecologista e obstetra, agente público se insere no escalão dos servidores que atuam na linha de frente ou que tem contato direto com os cidadãos como sujeitos.

A segunda conclusão diz respeito ao tipo de subjetividade presente na atuação do médico ginecologista e obstetra, assim, foi possível verificar que a sua atuação na maioria das situações apresentadas será apreciativa, uma vez que, trata-se de subjetividade, em geral presente nos atos dos agentes de linha de frente, que tem que lidar com os casos que surgem no seu dia a dia, resultando em uma necessidade de valoração da conduta, onde normalmente não há ato formal que a precede. Sendo assim, entendeu-se que esta subjetividade também está presente em alguns procedimentos realizados durante o trabalho de parto. Ademais, a escolha do tipo de parto será discricionária e apreciativa, considerando que há ato formal, especialmente quanto à utilização da cesárea, por meio da Resolução CFM Nº 2.144/2016, que apresenta escolhas possíveis dentro daquele instrumento.

Referências

BOYACIYAN. Krikor. Ética em ginecologia e obstetrícia. 4ª edição. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2011 ISBN 978-85-89656-11-5. Disponível em:http://www.cremesp.org.br/library/modulos/publicacoes/pdf/etica_cremesp_2012_miolo.pdf. Acesso em: 25 de agosto de 2019.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Cartilha nova organização do cuidado ao parto e nascimento para melhores resultados de saúde: Projeto Parto Adequado - fase 1 / Agência Nacional de Saúde Suplementar, Sociedade Beneficente Israelita Brasileira Hospital Albert Einstein, Institute for Healthcare Improvement. – Rio de Janeiro: ANS, 2016. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/web_total_parto_adequado.pdf. Acesso em 10 de outubro de 2019.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. O modelo de atenção obstétrica no setor de saúde suplementar no Brasil: cenários e perspectivas, Rio de janeiro, 2008. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/ProdEditorialANS_O_Modelo_da_atencao_obstetrica_no_setor_da_SS.pdf. Acesso em 25 de agosto de 2019.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Taxas de partos cesáreos por operadora de plano de saúde. Disponível em: http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/informacoes-e-avaliacoes-de-operadoras/taxas-de-partos-cesareos-por-operadora-de-plano-de-saude. Acesso em: 10 de outubro de 2019.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília, Distrito Federal, 2009. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm. Acesso em: 03 fev. 2018.

BRASIL Conselho Federal de Medicina. Parecer nº 37/2016, de 29 de setembro de 2016. 1. Utilização de ocitocina para indução do trabalho de parto 2. Indicação do procedimento de episiotomia 3. Decisão da via de parto. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2016/37. Acesso em: 01 de setembro de 2019.

BRASIL Conselho Federal de Medicina. Parecer nº 32/2018, de 23 de outubro de 2018. Violência Obstétrica. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2018/32. Acesso em: 01 de setembro de 2019.

BRASIL Conselho Federal de Medicina. Parecer nº 37/2018, de 23 de novembro de 2018. Procedimentos especiais não conveniados por cooperativas ou planos de saúde. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2018/37. Acesso em: 01 de setembro de 2019.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina; Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo; Departamento de Medicina Preventiva da Faculdade de Medicina da USP. Demografia Médica no Brasil 2018 / Coordenação de Mário Scheffer; equipe de pesquisa: Alex Cassenote, Aline Gil Alves Guilloux, Aureliano Biancarelli, Bruno Alonso Miotto e Giulia Marcelino Mainardi. – São Paulo, 2018. Disponível em: http://www.epsjv.fiocruz.br/sites/default/files/files/DemografiaMedica2018%20(3).pdf. Acesso em 20 de agosto de 2019.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução Nº 2.144/2016, de 17 de março de 2016. É ético o médico atender à vontade da gestante de realizar parto cesariano, garantida a autonomia do médico, da paciente e a segurança do binômio materno fetal. Acesso em: 11 de junho de 2019.

BRASIL. Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro. Resolução 293/2019, de 23 de janeiro de 2019. Dispõe sobre a proibição de adesão, por parte de médicos, a quaisquer documentos, dentre eles o plano de parto ou similares, que restrinjam a autonomia médica na adoção de medidas de salvaguarda do bem estar e da saúde para o

binômio materno-fetal. Disponível em: https://www.cremerj.org.br/resolucoes/exibe/resolucao/1390. Acesso em: 11 de junho de 2019.

BRASIL. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. *Jornal do Cremesp*, edição 260, p. 12, 2009. Disponível em: https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Jornal&id=116. Acesso em: 21 de agosto de 2019.

BRASIL. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Consulta nº 48.140/98. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmsp/pareceres/1998/48140_1998.htm. Acesso em 10 de outubro de 2019.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 20 de agosto de 2019.

BRASIL. LEI 11.108/2005. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm. Acesso em: 11 de junho de 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Departamento de Informática do SUS (DATASUS). Indicadores de Saúde. Disponível em: http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?idb2012/f08.def. Acesso em 10 de outubro de 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde. Diretrizes nacionais de assistência ao parto normal. Brasília, 2017. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/diretrizes_nacionais_assistencia_parto_normal.pdf. Acesso em 26 de agosto de 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de

Saúde da Mulher. Pré-natal e Puerpério: atenção qualificada e humanizada – manual técnico. Brasília, 2005. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_pre_natal_puerperio_3ed.pdf. Acesso em 25 de agosto de 2019.

BRASIL. Sistema Único de Saúde – SUS. *Portaria nº 1.459, DE 24 DE JUNHO DE 2011* Institui, no âmbito do SUS a Rede Cegonha, a fim de assegurar à mulher o direto ao planejamento reprodutivos e atenção humanizada à gravidez ao parto e ao puerpério (pós-parto), bem como as crianças têm o direito ao nascimento seguro e ao crescimento e desenvolvimento saudáveis.

BRASIL. Sistema Único de Saúde. Deixar de fazer Manobra de Kristeller: por que e como Disponível em: http://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/atencao-mulher/deixar-de-fazer-manobra-de-kristeller-por-que-e-como/. Acesso em: 10 de outubro de 2019.

BRUM, Amanda Netto. A relação médico-paciente: um diálogo a partir da humanização do cuidado. Disponível em: https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigoa_relacao_medicopacienteum_dialogo_a_partir_da_humanizacao_do_cuidadoamandabrumesilvialeite.pdf. Acesso em: 11 de junho de 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos Manual de direito administrativo. 23. ed. rev., ampl. e atualizada até 31.12.2009. -Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p. 54/55

CUNHA, Alfredo de Almeida. Indicações do parto a fórceps. Disponível em: http://files.bvs.br/upload/S/0100-7254/2011/v39n12/a2974.pdf. Acesso em 10 de outubro de 2019.

DANTAS. Eduardo. Direito Médico. Salvador. Juspodivm, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988, 2ª edição, 2001, São Paulo. Editora Atlas.

LOPEZOSA. Pedro Hidalgo; MAESTRE, María Hidalgo; BORREGO, María Aurora Rodríguez. Estimulação do parto com oxitocina: efeitos nos resultados obstétricos e neonatais. Disponível em:

http://www.scielo.br/pdf/rlae/v24/pt_0104-1169-rlae-24-02744.pdf. Acesso em: 30 de agosto de 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Marina; NAKANO, Andreza Rodrigues; TEIXEIRA, Luiz Antônio. Synthetic oxytocin and hastening labor: reflections on the synthesis and early use of oxytocin in Brazilian obstetrics. História, Ciências, Saúde – Manguinhos, Rio de Janeiro, v.25, n.4, out.-dez. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/hcsm/v25n4/en_0104-5970-hcsm-25-04-0979.pdf. Acesso em: 01 de setembro de 2019.

OLIVEIRA, Luaralica Gomes Souto Maior de; ALBUQUERQUE, Aline. Violência obstétrica e direitos humanos dos pacientes. Disponível em:
http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-CEJ_n.75.03.pdf. Acesso em: 30 de agosto de 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. WHO recommendations: intrapartum care for a positive childbirth experience. Disponível em: https://www.who.int/reproductivehealth/publications/intrapartum-careguidelines/en/. Acesso em: 12 de junho de 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, 2005. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf. Acesso em: 10 de junho de 2019.

SADDY, André. Apreciatividade administrativa e conceitos fins. Interesse público – IP, Belo Horizonte, ano 17, n. 91, p. 75-87, maio/jun. 2015.

SADDY, André. Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016.

SANTOS, Heliane Fernandes Lourenço; ARAÚJO, Marlei Monteiro. Políticas de Humanização ao pré-natal e parto: uma revisão da literatura. Revista Científica FacMais, Volume. VI, Número 2. Ano 2016/1º

Semestre. ISSN 2238-8427. Disponível em: http://revistacientifica.facmais.com.br/wp-content/uploads/2016/07/Artigo-6-POL%C3%8DTICAS-DE-HUMANIZA%C3%87%C3%83O-AO-PR%C3%89-NATAL-E-PARTO.pdf. Acesso em 30 de agosto de 2019.

SEVERO. Alexandre Rodrigues. Gestação e via de parto*:* Influência sobre a pelve e assoalho pélvico de primíparas. Disponível em: http://www.tede.universidadefranciscana.edu.br:8080/bitstream/UFN-BDTD/654/5/Dissertacao_AlexandreRodriguesSevero.pdf. Acesso em: 25 de agosto de 2019.

SOBRINHO, Carlito Lopes Nascimento; NASCIMENTO, Mônica de Andrade; CARVALHO, Fernando Martins. Ética e subjetividade no trabalho médico. Revista Bioética, 2004, v. 12, n.02, pg. 23-32. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/132/137. Acesso em: 21 de agosto de 2019.

SOUZA, Alex Sandro Rolland e outros. Método mecânico de indução do parto em gestantes de alto risco com cesariana anterior. Recife, DOI: 10.1590/SO100-720320150005120. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rbgo/v37n3/0100-7203-rbgo-37-03-00127.pdf. Acesso em: 10 de outubro de 2019.

UNICEF. Fundo das Nações Unidas para a infância. Guia dos Direitos da Gestante e do Bebê. São Paulo: Globo, 2011. ISBN 978-85-2504-939-1. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/media/2351/file/Guia_dos_Direitos_da_Gestante_e_do_Bebe.pdf. Acesso em: 10 de outubro de 2019.

AS SUBJETIVIDADES NA ATUAÇÃO DO MÉDICO PÚBLICO NA PRESCRIÇÃO DE MEDICAMENTOS COM RESPEITO ÀS LISTAS DO SUS

Renato Barcellos de Souza
Advogado, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (PPGDC/UFF)

"É menos mau inquietar-se na dúvida do que descansar no erro."
Alessandro Manzoni

Sumário: Introdução; 1. Das listas de medicamentos autorizados; 1.1 Uma questão para os nossos tempos: deveria o critério econômico-orçamentário ser utilizado como limitador da autonomia médica?; 2. Das subjetividades dos médicos públicos na prescrição de medicamentos; 2.1 Do problema do enquadramento dos médicos públicos como *street-level bureaucrats;* 2.2 Breve anotação quanto à arbitrariedade do médico público; 3. As opções dos médicos públicos e suas subjetividades; 3.1 A situação; 3.1 Atender ou não o paciente; 3.2 Atender o paciente e optar por não prescrever nenhuma medicação; 3.3 Caso o médico opte por prescrever medicação; 3.3.1 Há apenas um medicamento julgado adequado pelo médico na(s) lista(s) do SUS; 3.3.2 O medicamento julgado adequado pelo médico não existe na(s) lista(s) do SUS, mas existe no mercado brasileiro e foi aprovado pela ANVISA; 3.3.3 O medicamento julgado adequado não existe na lista do SUS, mas existe no mercado internacional sem ter sido aprovado pela ANVISA; 3.3.4 Não existe medicamento aprovado para o tratamento do paciente em questão; 3.3.5 Há mais de uma opção pelo SUS de medicamentos para o paciente em questão; 3.3.6 O medicamento ideal não existe na(s) lista(s) do SUS, mas há um similar nas listas autorizadas que pode vir a resolver o problema; 3.3.7 O médico discorda da apresentação

do medicamento que consta da lista de referência em favor de uma outra, não constante do sistema; 3.3.8 O paciente tem sua própria opinião a respeito do tratamento; 3.3.8.1 A opinião do paciente quanto ao tratamento tem respaldo científico, e consta do rol do SUS; 3.3.8.2 A opinião do paciente quanto ao tratamento tem respaldo científico, mas não consta do rol do SUS; 3.3.8.3 A opinião do paciente não tem respaldo científico; 3.3.9 O paciente sofre de doença grave, sem prognóstico de cura; 3.3.9.1 O paciente quer iniciar/continuar (com) um tratamento que não lhe trará benefícios; 3.3.9.2 O paciente quer abandonar o tratamento; Conclusões; Referências

Introdução

Em outro artigo escrito em paralelo com o presente[1] tivemos o objetivo de buscar os fundamentos da legitimidade da autonomia do profissional médico, ou seja, as razões do porquê esta autonomia é reconhecida em tal grau que muitos chegam a denominá-la de "soberania" – o que, naquele texto, entendemos haver logrado demonstrar ser este um termo de retórica, porém atécnico no que tange ao Direito. De posse desta e de outras conclusões, é chegada a hora de passarmos ao estudo das *subjetividades* do médico enquanto agente de ponta do serviço público.

O conceito das subjetividades e sua relação com a discricionariedade administrativa – em sentido lato – foi desenvolvido pelo doutrinador André Saddy[2] em obra dedicada a este fim e cuja leitura é essencial para maiores considerações sobre as classificações adotadas. Neste ensaio, faremos pleno uso das conclusões do Professor Saddy, replicando, de forma resumida, apenas as explicações e comentários

[1] SOUZA, Renato Barcellos de. Dos Fundamentos da Legitimidade da Autonomia do Médico

[2] SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

necessários ao pleno entendimento do que aqui se pretende demonstrar: a presença de algumas das subjetividades na atuação dos médicos enquanto agentes públicos.

É necessário cotejar-se o presente texto com o anterior pela seguinte razão: naquele texto, tratou-se de buscar os fundamentos da legitimidade do médico em exercer o seu mister, principalmente no que tange à autonomia para a prescrição de tratamentos e medicamentos. Demonstrou-se então haver um reconhecimento social anterior mesmo à positivação jurídica desta legitimidade. Caso não fosse feito este cotejo, poderíamos ser levados a analisar a legislação do SUS de forma açodada, e chegar a conclusões que não condizem com a realidade.

Isto porque a prestação de Saúde no ordenamento jurídico brasileiro encontra-se em uma situação de contraposição entre a Administração Pública – que busca padronizar e racionalizar os custos e neste desiderato acaba por limitar as escolhas de tratamentos e fármacos disponíveis para prescrição e dispensação pelos profissionais da área – e a doutrina e jurisprudência a respeito – cujo entendimento aponta no sentido de que não deve haver limites fixos ao dever constitucionalmente imposto à Administração de "prestar Saúde" aos administrados.

Seria muito fácil, portanto, considerar-se que ao médico servidor público cabe estrita e imediata observância às listas de medicamentos aprovados pela Administração Pública em suas diferentes esferas[3], pois estando o médico subordinado ao regime do funcionalismo público, este se submete aos regulamentos como qualquer outro agente público. O médico estaria, portanto, *vinculado* às listas de medicamentos, possuindo apenas uma discricionariedade de escolha quanto aos medicamentos presentes naquelas relações de fármacos. Seria uma conclusão fácil, e totalmente equivocada.

Por outro lado, seria simples também adotar-se a visão da doutrina da profissão médica, incluindo-se a posição histórica dos

[3] O SUS é hierarquizado e estratificado, com atuação nos âmbitos federal, estadual, municipal e distrital. Para maiores informações ver ASENSI, Felipe. Sistema Único de Saúde: Lei 8.080/1990 e legislação correlata. Brasília: Alumnus, 2015.

Conselhos de Medicina, na qual o médico seria "soberano" na definição dos tratamentos e prescrições aos seus pacientes, cabendo à Administração (e também ao Erário) suportar ilimitadamente as decisões tomadas pelos médicos no tocante ao tratamento de seus pacientes sem fazer qualquer reparo às mesmas, não podendo o médico vir a ser "turbado" nesta atividade por leis ou regulamentos. Com o devido respeito às opiniões divergentes, esta visão não nos parece ser consentânea com o Estado Democrático de Direito, no qual o conceito de "soberania" deve ser utilizado em um contexto muito claro[4], não aplicável a pessoas ou a categorias profissionais.

Oportunamente à respeito, a Resolução nº 2.217/2018 do Conselho Federal de Medicina, que aprovou o novo Código de Ética Médica define, em seus *consideranda*, que "as normas do Código de Ética Médica devem submeter-se aos dispositivos constitucionais vigentes", o que impede qualquer interpretação do código profissional em desacordo com a Constituição da República.

Ambas as posições são utilizadas constantemente na retórica dos tribunais, e podem cumprir o seu papel argumentativo. No entanto, mediante o estudo dos fundamentos teleológicos da legitimidade do médico vistos alhures[5] e seu cotejo com a análise da subjetividade do médico público estudada no presente artigo nos será possível escapar das duas conclusões fáceis e diametralmente opostas às quais poderíamos chegar se agíssemos de forma açodada. Nenhuma das interpretações anteriores merece subsistir de forma absoluta, como restará demonstrado ao final do presente ensaio.

Em tempo, não será aqui estudada nem considerada a possibilidade de adoção de nenhuma opção ilícita pelo agente público, tal como uma suposta mancomunação de maus profissionais do SUS e laboratórios farmacêuticos que lhe propiciem vantagens – pecuniárias ou não – para que seus produtos sejam prescritos. Tais condutas são estudadas pelo Direito Penal e pelo Direito Administrativo Disciplinar,

[4] Ver a discussão a respeito em SOUZA, Renato. *op. cit.*, p. 12-14.

[5] SOUZA, Renato. *op. cit.*

adentrando ainda o campo da Improbidade Administrativa e sem prejuízo do processo ético-disciplinar cabível no órgão de classe do profissional envolvido e, portanto, refogem inteiramente ao escopo deste artigo, onde há apenas a preocupação com escolhas lícitas.

Outro ponto que não será abordado é a subjetividade existente no processo de inclusão de novos fármacos na lista de medicamentos autorizados para dispensação pelo SUS conforme o procedimento descrito nos artigos 19-Q e 19-R, incorporados à Lei 8.080/1990 (Lei do SUS) pela Lei nº 12.401/2011.

Ao final, esperamos conseguir lançar uma luz sobre a discussão jurídica do problema das subjetividades do médico público, deixando desde já consignado que o problema da Judicialização da Saúde não pode – nem deve – ter sua resposta dada em artigos doutrinários. É necessária uma ampla discussão no campo político, das escolhas que fazemos enquanto sociedade, e nesta seara um artigo jurídico pode apenas ter a pretensão de indicar os caminhos e suas consequências, mas nunca vaticinar a resposta.

1. Das listas de medicamentos autorizados

Inicialmente, cabe analisar se existe uma estratégia de saúde pública para a dispensação de medicamentos que, de alguma forma, pretenda servir de balizamento à atuação dos profissionais da saúde no âmbito do SUS. A resposta é enfaticamente positiva.

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) define a Saúde como sendo um Direito Social no artigo 6º, e explicita o conceito nos artigos 196 a 200.

De longa data, a doutrina e o Supremo Tribunal Federal já reconheciam que o Direito à Saúde possuía força normativa[6]. Já a Lei nº

[6] "Há um conjunto de prestações de saúde exigíveis diante do Judiciário por força e consequência da Constituição [o que] significa que os poderes constituídos estão obrigados a colocar à disposição das pessoas tais prestações, seja qual for o plano de governo ou a orientação política do grupo que, a cada momento, estiver no poder."

8.080/1990[7] ("Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências"), doravante "Lei do SUS", bem como os seus Decretos regulamentadores (Decretos nº 1.651/1995 e nº 7.508/2011), buscam organizar o Sistema Único de Saúde de forma a promover a prestação de serviços de saúde conforme preconizado na CRFB/88.

Desta forma, a Lei do SUS trata, entre outros pontos, da organização administrativa do Sistema Único de Saúde, determinando a articulação entre os entes federativos e hierarquizando o sistema de forma a atingir maior capilaridade na prestação dos serviços. Trata-se de um diploma normativo extremamente abrangente, razão pela qual devemos fazer imediatamente o corte necessário ao escopo deste trabalho, qual seja, a dispensação de medicamentos prescrevidos pelos médicos do SUS.

O fornecimento de medicamentos é inicialmente tratado no art. 6º, I, "d" da Lei do SUS[8]. Já a estratégia de se trabalhar com uma Relação

(BARCELLOS, Ana Paula. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SOUZA NETO, Claudio P.; e SARMENTO, Daniel (Orgs.). Direitos Sociais: fundamentos, Judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 802 APUD ASENSI, Felipe. Sistema Único de Saúde: Lei 8.080/1990 e legislação correlata. Brasília: Alumnus, 2015, p. 25)

[7] A Lei 8/080/1990 é uma lei nacional, regulando o Sistema Único de Saúde em todas as esferas de governo conforme seus art. 1º e 4º:

Art. 1º Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado.

[...]

Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

[8] Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

[...]

de medicamentos essenciais é uma das recomendações da política de medicamentos da Organização Mundial da Saúde (OMS) para promover o acesso e uso seguro e racional de medicamentos, tendo sido adotada há mais de 30 anos, em 1978, pela OMS e continua a ser norteadora de toda a política de medicamentos da Organização e de seus países membros[9, 10, 11].

Há décadas, o Ministério da Saúde vem investindo na publicação e aperfeiçoamento de listas de medicamentos essenciais como instrumento para garantia do acesso à assistência farmacêutica e para promoção do uso racional de medicamentos.

Diversos atos normativos reafirmam a importância dessa estratégia no SUS. A Política Nacional de Medicamentos (PNM), instituída pela Portaria GM/MS no 3.916, de 30 de outubro de 1998, afirma que:

O Ministério da Saúde estabelecerá mecanismos que permitam a contínua atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), imprescindível instrumento de ação do SUS, na medida em que contempla um elenco de produtos necessários ao tratamento e controle da maioria das patologias prevalentes no País.

---

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

[9] CENTRO BRASILEIRO DE INFORMAÇÕES SOBRE MEDICAMENTOS - CEBRIM. Conselho Federal de Farmácia (Org.). Promovendo o uso racional dos medicamentos: principais componentes. Pharmacia Brasileira, Brasília, Ano III, n. 36, p.38-43, mar/abr 2003. Disponível em: <http://www.cff.org.br/sistemas/geral/revista/pdf/91/farmacoterapeutica.pdf>. Acesso em: 25 set. 2017.

[10] Organização Mundial de Saúde. Essential medicines and health products. Disponível em: <http://www.who.int/medicines/publications/en/>. Acesso em: 25 set. 2017.

[11] BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. Relação Nacional de Medicamentos Essenciais: RENAME 2017. Brasília: Ministério da Saúde, 2017. 210 p. Disponível em <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_nacional_medicamentos_rename_2017.pdf>. Acesso em 28 set. 2017.

Adicionalmente, a Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF), resultado da 1ª Conferência Nacional de Medicamentos e Assistência Farmacêutica e estabelecida pela Resolução do Conselho Nacional de Saúde nº 338, de 19 de setembro de 2003, corrobora a "utilização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), atualizada periodicamente, como instrumento racionalizador das ações no âmbito da assistência farmacêutica".

A partir de 2011, novos atos normativos foram promulgados, estabelecendo critérios para seleção de tecnologias em saúde no SUS. A Lei nº 12.401/2011 alterou profundamente a Lei do SUS, estabelecendo que o acesso aos medicamentos se dará "com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta lei", sendo a responsabilidade pelo fornecimento pactuada na Comissão Intergestores Tripartite (CIT). Dessa forma, a RENAME cumpre papel estratégico nas políticas de saúde, ao relacionar medicamentos utilizados no âmbito do SUS.

O Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, um dos dois decretos que regulamentam a Lei do SUS, dispõe que "a RENAME compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS"[12] e também que "a cada dois anos, o Ministério da Saúde consolidará e publicará as atualizações da RENAME e do respectivo FTN (Formulário Terapêutico Nacional)"[13].

O RENAME apresenta os seguintes documentos norteadores de uso dos medicamentos: protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas (PCDTs), diretrizes específicas para as doenças que fazem parte do escopo dos programas estratégicos do Ministério da Saúde e Formulário Terapêutico Nacional (FTN).

Assim, a RENAME cumpre a Resolução CIT nº 1, de 17 de janeiro de 2012, que apresenta a composição dessa Relação de acordo com as responsabilidades de financiamento da assistência farmacêutica entre os entes (União, Estados, DF e Municípios), proporcionando

[12] Art. 25, *caput*, do Decreto 7.508/2011

[13] Art. 25, p. único do Decreto 7.508/2011

transparência nas informações sobre o acesso aos medicamentos do SUS. Os Estados e Municípios também podem adequar a dispensação de medicamentos às suas particularidades locais através da criação de listas complementares de medicamentos ou mesmo da criação de Relações Estaduais e Municipais de Medicamentos.

Quanto à necessidade de se manter os procedimentos a par com o desenvolvimento científico e reconhecendo que a assistência à saúde é um processo em constante aperfeiçoamento, a Lei nº 12.401/2011 incluiu no sistema SUS um procedimento de incorporação de novas tecnologias ao adicionar os artigos 19-Q e 19-R à Lei nº 8.080/1990. Finalmente, no interesse da segurança dos procedimentos, a Lei nº 12.401/2011 vedou expressamente a adoção no SUS de procedimentos ou medicamentos não aprovados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) nos seguintes termos:

> Art. 19-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS:
> I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA;
> II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa.

Temos, portanto, um arcabouço jurídico de base constitucional, legal e regulamentar para a atuação dos profissionais de saúde que prestam seus serviços no âmbito do SUS.

Finalmente, temos a posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Sim, pois uma discussão que envolva o direito à saúde contém matéria constitucional a atrair (em tese) o controle por parte do STF, e certamente toda questão de saúde passa pela interpretação da legislação federal, cuja uniformização cabe por mandamento constitucional ao STJ.

Neste sentido, e em decisão bastante afeita ao tema este artigo, a 1ª Seção do STJ firmou entendimento no julgamento do Recurso Especial nº 1.657.156 que, julgado conforme a sistemática dos Recursos Repetitivos, firmou o "Tema nº 106" daquele tribunal superior nos seguintes termos:

> A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:
> (i) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
> (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
> (iii) existência de registro do medicamento na Anvisa, observados os usos autorizados pela agência.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, enfrentando a questão da obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos não aprovados pela ANVISA, proferiu julgamento nos autos do Recurso Extraordinário nº 657.718/MG, com Repercussão Geral reconhecida, fixando o Tema nº 500 da Repercussão Geral nos seguintes termos:

> 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 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;
> III – a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.
> 4) As ações que demandem o fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão ser necessariamente propostas em face da União.

Logo, temos várias fontes de normas jurídicas que pode ajudar a lançar uma luz sobre a questão da prescrição de medicamentos no SUS.

1.1 Uma questão para os nossos tempos: deveria o critério econômico-orçamentário ser utilizado como limitador da autonomia médica?

Há anos, o Poder Judiciário se debruça sobre a questão posta quase diuturnamente sobre a existência de limites à prestação de serviços públicos de saúde. Não pretendemos responder tal questão neste breve espaço, mas aqui fazemos uma pergunta semelhante, focada na autonomia do Médico na prescrição de medicamentos. Obviamente, a resposta não pode ser simples ou fácil.

Ingo Sarlet e Mariana Filchtner[14] se debruçaram sobre a questão da judicialização. O assunto é tão abrangente que abarca diversos pontos de vista, mas como estamos tentando estabelecer os limites e espaços de atuação, podemos pelo menos tentar fixar as opiniões extremadas e buscar o ponto de equilíbrio.

De um lado, a quem Sarlet e Filchtner classificam como detentores de uma visão quase jusnaturalista, estão os que entendem ser

[14] SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-53

a vida o bem jurídico maior e, portanto, neste caso, há a obrigatoriedade do Estado de protegê-la a qualquer custo. Para estes, não pode haver critério econômico que limite a prestação pelo Estado.

De outro lado, há os que alegam indiscriminadamente o critério da "reserva do possível" de forma a argumentar que a proteção a ser conferida aos cidadãos é aquela que cabe no orçamento, reforçando ainda que, por ser proposto pelo Poder Executivo e aprovado e fiscalizado pelo Poder Legislativo, o orçamento consubstancia uma opção política democrática em cujas diretrizes não é dado ao Poder Judiciário adentrar.

Em nosso sentir, nenhuma das duas posições extremadas deve prevalecer. Isto porque ambas são posições que defendem o pensamento (ou função) político de quem os defende. Um velho ditado Português afirma que "Nem tanto ao mar, nem tanto à serra" (ou "à terra", como visto em algumas fontes). Melhor ainda diria o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem[15]

não existe, enfim, nem liberdade absoluta no *continuum* juspolítico, nem vinculação absoluta: todos os atos, por mais adstritos que fiquem a prévios condicionamentos de legalidade, têm sempre um resíduo de apreciabilidade em face do interesse público. Nenhum agente do poder estatal pode ou deve agir mecanicamente, com olímpica irresponsabilidade sobre as consequências de seus atos: o resíduo de legitimidade poderá fazer a diferença entre o atendimento ou o desprezo do interesse público.

É certo que a Constituição Federal não positivou o limite orçamentário à prestação dos serviços de saúde aos cidadãos, nem muito menos determinou que haveria um limite específico. No entanto, tal dispositivo não seria necessário, posto que toda ação positiva do Estado

[15] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legalidade e legitimidade: Novas Reflexões sobre os Limites e Controle da Discricionariedade. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 15-16.

implica em um custo[16], e este deve figurar no orçamento como mandamento constitucional.

Por outro lado, obviamente não há como defender-se que o orçamento possa servir de limite aos direitos sociais indiscriminadamente. Na verdade, quis o constituinte exatamente o oposto: que os direitos sociais fossem prestados e que os administradores – responsáveis – considerassem tal prestação na elaboração do orçamento em observância aos princípios do já citado art. 37 da Constituição Federal. Daí o termo "programático" que acompanha os direitos sociais desde sua positivação. A questão que se põe é quanto à razoabilidade.

Atualmente, temos um quadro funesto em que a prestação pelo SUS é claramente insuficiente, o que leva milhares de brasileiros a bater às portas do Poder Judiciário para obter os provimentos médicos necessários ao seu direito à saúde.

Neste momento, ousamos dizer que, se por um lado cabe ao médico observar atentamente a lista de medicamentos essenciais do SUS dela não se desviando enquanto for possível, este mesmo médico não pode incluir dentre suas funções decidir com o orçamento público em vista, ou utilizar questões orçamentárias como um limitador de sua atividade técnica.

Explica-se, com fundamento na legitimidade da autonomia técnica do médico e no direito. Primeiramente, como já demonstrado em outro ensaio[17], o médico é o único profissional que pode definir o que são "saúde", "doença" e "tratamento", e é necessário que o faça tecnicamente de forma desimpedida, como forma mesmo de justificar a sua legitimidade. Não cabe ao médico definir a política orçamentária da saúde, mas sim apontar as necessidades que o orçamento deve contemplar.

---

[16] "levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez". HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999.

[17] SOUZA, Renato. *op.cit*.

Cabe à Administração do SUS, nas suas diversas esferas, reconhecer nas prescrições exaradas pelos médicos públicos quaisquer alterações reiteradas de entendimento e analisá-las de forma a estabelecer se: i) os médicos estão desviando-se desnecessariamente dos procedimentos e medicamentos aprovados; ii) houve alguma mudança na orientação técnica dos profissionais, que por alguma razão técnica pararam de prescrever as drogas e procedimentos até então padronizados e dela estão se desviando fundamentadamente; ou iii) as novas tecnologias e medicamentos estão sendo contemplados nas prescrições dos profissionais mas ainda não o foram pelo SUS.

Colocar o médico como controlador do orçamento não apenas vai contra a *lex artis*[18] da profissão, mas também furta ao Administrador a tarefa de receber e poder compilar os dados relativos aos desvios daquilo que foi previamente estabelecido. Aos médicos cabe estabelecer as necessidades de saúde da população, e ao Administrador cabe contemplá-las nos orçamentos.

Um exemplo prático do que foi dito acima pode ser retirado dos noticiários dos últimos três anos. Em 2015/2016 houve um surto de vírus zika no Brasil[19], em 2018 vivenciou-se um aumento dos casos de febre

---

[18] Sobre *Lex Artis e Mala Praxis*, indicam-se três obras:
SUÁREZ-QUIÑONES Y FERNÁNDEZ, Juan Carlos. La responsabilidad penal médica por el hecho imprudente: el error de diagnóstico. Jurisprudencia aplicable. Boletín del Ministerio de Justicia (Estudios doctrinales), Madrid, año 62, n. 2056, p. 581-625, 1 mar. 2008. Mensal. Disponível em: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428045405>. Acesso em: 27 dez. 2017.
RAPOSO, Vera Lúcia. Do ato médico ao problema jurídico. Coimbra: Edições Almedina, 2013.
LIMA, Gilberto Baumann de. Culpabilidade do Médico e a *Lex Artis*. Revista Jurídica do Uniaraxá, Araxá, Mg, v. 2, n. 02, p.124-142, ago. 1998. Semestral. Disponível em: <http://www.uniaraxa.edu.br/ojs/index.php/juridica/article/view/100/91>. Acesso em: 25 nov. 2017.

[19] Pan American Health Organization. Timeline of Emergnce of Zika vírus in the Americas
http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=11959%

amarela[20], e em 2019 verifica-se o ressurgimento do sarampo[21]. Considerar o médico público vinculado ao orçamento seria dizer aos doentes atingidos por essas enfermidades que nenhuma verba para o seu tratamento foi considerada para o ano em que o surto – imprevisto e inesperado – surgiu, já que a lei orçamentária é sempre feita no ano anterior e, portanto, apenas com a entrada em vigor do orçamento do ano seguinte o tratamento estaria disponível à população. O exemplo – absurdo, é claro – é autoevidente.

Há também que se reconhecer que há um intenso debate jurídico e técnico sobre a judicialização da saúde, mas ainda não se verifica a mesma ênfase nos debates políticos a respeito. No momento, há os médicos prescrevendo, o judiciário decidindo, e o Poder Executivo, quando muito, reclamando dos médicos e dos juízes sem que isso signifique qualquer tipo de possibilidade de mudança.

Há outros caminhos, pois temos exemplos de outras jurisdições. Angélica Carlini[22] faz um breve estudo comparado e relata que: i) no sistema alemão o orçamento é fixo: se um nova tecnologia é adotada, necessariamente deve-se abrir mão de outra; ii) já no sistema de saúde do Reino Unido, dificilmente um tratamento que exceda o custo de 60 mil libras por cada ano adicional de vida a ser conferido ao paciente por meio do mesmo é aprovado. Trata-se de visões pragmáticas e, à primeira vista, o limite inglês aparenta ainda ser uma decisão deveras cruel a se tomar sobre a existência de outro ser humano. No entanto, o sistema de

---

3Atimeline-of-emergence-of-zika-virus-in-the-americas&catid=8424%3Acontents&Itemid=41711&lang=en. Acesso em 20 mar. 2018.

[20] Fundação Oswaldo Cruz. Febre Amarela. https://agencia.fiocruz.br/febre-amarela. Acesso em 20 mar 2018.

[21] BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Brasil tem 16 estados com surto ativo de sarampo. 2019. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/45790-campanha-de-vacinacao-contra-sarampo-ocorrera-em-duas-etapas-no-pais>. Acesso em: 15 out. 2019.

[22] CARLINI, *op.cit.,* p.36

saúde pública inglês é reconhecido mundialmente como bom exemplo de gestão e prestação de serviços à sua população.

O que ocorre é que nosso sistema de saúde está doente – com o perdão do infame trocadilho –, e precisa ser rediscutido politicamente. É necessário que se adequem as expectativas à realidade, e que se adeque o orçamento às possibilidades.

Seria no mínimo injusto imputar-se ao médico assistente, que em toda a superestrutura governamental é aquele que deve tomar suas decisões sempre com o melhor interesse de seu paciente em vista, o dever de pensar se o orçamento do SUS comporta o tratamento necessário.

Entendemos que cabe ao médico público exercer a sua função sem considerar as limitações orçamentárias *diretamente*, pois a própria existência de uma lista de medicamentos disponíveis não deixa de ser uma limitação orçamentária indireta. No entanto, quanto ao orçamento, cabe aos médicos públicos sempre observar os sempre citados princípios do art. 37 da Constituição e o seu Código de Ética Profissional.

Finalmente, no uso da Boa-Fé Administrativa[23] e fundado no princípio constitucional da eficiência, nada impede que o médico busque saber com o serviço de dispensação de medicamentos da esfera do SUS na qual trabalha quais os fármacos disponíveis e – somente se for tecnicamente possível – adapte a sua prescrição de acordo[24].

Da mesma forma, o serviço de dispensação de medicamentos pode publicar uma lista com os medicamentos disponíveis e os por

---

[23] Interessante monografia a respeito pode ser encontrada em LOPES, Pedro Moniz. Princípio da Boa Fé e Decisão Administrativa: estrutura e operatividade na discricionariedade conferida por normas habilitantes. Coimbra: Almedina, 2011.

[24] Por todos, neste sentido, ver FREITAS, Márcia Sayuri Takamatsu. Intercambialidade entre medicamentos genéricos e similares de um mesmo medicamento de referência. 2016. 180 p. Tese (Doutorado) - Curso de Farmácia, Faculdade de Ciências Farmacêuticas da Universidade de São Paulo. Departamento de Farmácia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/9/9139/tde-14122016-093243/publico/Marcia_Sayuri_Takamatsu_Freitas_DO_original.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2017.

ventura em falta. Novamente, não se entende que o médico esteja adstrito a uma lista de medicamentos, principalmente uma derivada da escassez de recursos e mormente se esta lista não contiver o fármaco necessário ao paciente em questão, mas isso é algo que somente o médico, no uso de sua autonomia técnica, pode avaliar no caso concreto.

2. Das subjetividades dos médicos públicos na prescrição de medicamentos

2.1 Do problema do enquadramento dos médicos públicos como *street-level bureaucrats*

O tema das subjetividades do agente público é exaustivamente abordado pelo Professor André Saddy em obra dedicada ao tema[25] para a qual devem-se remeter os interessados na abordagem completa da matéria.

Especificamente no Capítulo 3 de seu livro sobre Apreciatividade e Discricionariedade, o Prof. André Saddy, utilizando-se de nomenclatura da lavra de Michael K. Brown[26], define os *street-level bureaucrats* como sendo

> [...] os agentes de campo ou das ruas (*street-level bureaucrats*), que possuem ampla liberdade de decisão em muitos casos, sendo sua atitude dependente do alcance de suas responsabilidades, tarefas e do impacto das restrições da organização, além de estar influenciados pelas restrições organizativas e ambientais.

---

[25] SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

[26] BROWN, Michael K. Working the street: police discretion and the dilemmas of reform. New York: Russell Sage Foundation, 1988, p. 31 e 32 APUD SADDY, *op.cit.*, p. 312-313

Com a devida vênia de quem pensa diferente, somos forçados a reconhecer que a atividade dos médicos em geral – e do médico público no particular – não permite que se classifiquem automaticamente os mesmos como sendo *street-level bureaucrats*, pelo menos no ordenamento jurídico brasileiro. Isto porque o Código de Ética Médica é literal em determinar que *nenhum* regulamento ou norma pode *turbar* a autonomia médica.

Verifiquemos os Princípios Fundamentais II, V, VII, VIII, XVI e XXVI do Código de Ética Médica, Resolução 2.217/2018 do Conselho Federal de Medicina:

> [...]
> II - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.
> [...]
> V - Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente e da sociedade.
> [...]
> VII - **O médico exercerá sua profissão com autonomia**, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.
> VIII - **O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho**.
> [...]
> XVI - **Nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou de instituição, pública ou privada, limitará a escolha, pelo médico, dos meios cientificamente reconhecidos a serem praticados para estabelecer o diagnóstico e executar o tratamento, salvo quando em benefício do paciente.**

> [...]
> XXVI -A medicina será exercida com a utilização dos meios técnicos e científicos disponíveis que visem aos melhores resultados.

No entanto, é forçoso concluir que muitas das características dos *street-level bureaucrats* estão presentes na atividade do médico público, pois são estes agentes públicos que devem obediência ao ordenamento jurídico[27] como qualquer outro servidor público, pois devem atuar sempre de forma a que suas decisões (no caso, prescrições) estejam de acordo com os ditames da legalidade, legitimidade e licitude.

Entretanto, tendo em vista que os regulamentos dos conselhos de controle profissional estão no mesmo patamar hierárquico das leis[28], a observância estrita de um ou de outro seria aparentemente uma questão de antinomia[29], mas esta análise também não se coaduna com o caso concreto.

Isto porque a regra mais aplicável ao caso concreto[30] significaria que o médico público não deve qualquer observância à lista de medicamentos autorizados, o que, como visto em tópico anterior, absolutamente não se coaduna com os princípios constitucionais da eficiência e do orçamento público. Trata-se do que Bobbio denomina como "antinomia insolúvel"[31], onde cabe ao intérprete eliminar uma das normas, eliminar ambas ou conservar ambas demonstrando que a aparente antinomia decorre de erro interpretativo. Não é o caso em tela, razão pela qual é necessária então outra ferramenta hermenêutica para o caso do médico público.

Parece-nos mais aplicável à situação a estratégia denominada "Diálogo das Fontes", concebida pelo jurista Erik Jayme e defendida no

---

[27] Constituição, Leis, Decretos, Regulamentos Administrativos e outras normas.

[28] A respeito ver SADDY, André. Regulação Estatal, autorregulação privada e Códigos de Conduta e Boas Práticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015

[29] BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 4.ed. Brasília: EdUNB, 1994.

[30] Lei especial derroga lei geral.

[31] BOBBIO, Norberto. *op.cit*., p. 102.

Brasil por Claudia Lima Marques[32]. Nesta hipótese, ao invés de se buscar o cancelamento de normas em situação de antinomia pelos conhecidos critérios cronológico, hierárquico e de especificidade, busca-se a convivência das normas, buscando-se sua harmonia e coordenação[33].

Parece ser a exata hipótese com a qual nos deparamos. Isto porque é necessário reconhecer que a profissão médica possui características únicas que autorizam a autorregulação da profissão de forma incisiva pelo seu Conselho profissional, mas não se pode afirmar jamais que a profissão médica se coloca acima do Direito e da Constituição.

No caso em tela, coordenar as legislações e regulamentos que estabelecem as listas de medicamentos do SUS com o Código de Ética e os ditames da profissão médica consiste em deslocar-se o lócus de *legitimidade da profissão médica* – para o qual já dedicamos um artigo inteiro[34] – do cumprimento da legislação dita *ordinária* para a

---

[32] Para maior aprofundamento ver MARQUES, Claudia Lima. Diálogo das Fontes. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 3.ed. em e-book baseada na 7. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Cap. IV.

[33] MARQUES, Claudia Lima. *op.cit, loc.cit*..

[34] Colacionamos abaixo as conclusões daquele artigo:

1) Fundado no consenso construído ao longo dos séculos, o Médico tem *legitimidade* para determinar o que é saúde, o que é doença, e qual o tratamento adequado e, no exercício de seu mister, tem autonomia técnica profissional;

2) A *legitimidade* do médico antecede a *legalidade estrita*. Esta última está vinculada à análises eminentemente jurídicas enquanto aquela deve ser analisada em seu caráter ético-político;

3) O fundamento teleológico da autoridade médica é o uso do método científico, comprovado ao longo dos séculos como o mais eficaz meio de se prestar o serviço médico. Logo, o fundamento de legitimidade da autonomia profissional do Médico encontra-se na observância estrita de procedimentos cientificamente comprovados;

4) Todavia, devido ao caráter emergencial da Medicina, os médicos às vezes se veem em situações em que tenham que tentar um tratamento não ortodoxo como única chance de vida do paciente. Nestes casos, o ato médico que se afasta de uma prática reconhecida só pode ser sindicável por seus pares, constituídos em um conselho de ética profissional;

observância dos fundamentos da legitimidade da profissão médica, de forma que se possa afirmar que uma prescrição de um médico público somente será *legítima* se estiver de acordo com os ditames éticos de sua profissão, que neste caso devem ser valorados como superiores a leis e regulamentos que busquem – ainda que em nome da "reserva do possível" – restringir as escolhas disponíveis ao profissional.

Em nenhum momento se pode reconhecer ao médico, no entanto, a autonomia para se desviar dos princípios constitucionais da administração pública, principalmente no que tange à *motivação* de seus atos, pois somente através da análise desta pode-se avaliar a legitimidade da atuação do agente público[35].

Desta forma, retornando ao conceito de Michael K. Brown utilizado por André Saddy, podemos concluir que no que tange à prescrição de medicamentos, os médicos públicos formam uma categoria específica e especial de *street-level bureaucrats*, posto que: i) possuem ampla liberdade de decisão em muitos casos; ii) sua atitude depende do

---

5) Como regra geral, no uso do saber técnico típico de sua profissão as decisões médicas são insindicáveis por leigos, devendo qualquer questionamento ser direcionado aos órgãos de controle e fiscalização da profissão, necessariamente compostos por profissionais do ramo.

6) Não se encontra nos fundamentos da Medicina nenhuma base para que o médico possa decidir de forma imotivada. No entanto, devido à particularidade da profissão no tocante à urgência e a obrigação do Médico de sempre buscar a cura ou a melhoria das condições do paciente, é reconhecida nesses casos uma mitigação ao médico assistente, que responde apenas ao Conselho de Ética do órgão de regulação profissional.

7) No exercício de seu mister o profissional médico – seja quem for e qualquer que seja a posição hierárquica que ocupe – não se escusa de observar o ordenamento jurídico pátrio, estando sujeito às leis e, principalmente, à Constituição Federal;

8) Neste particular, não há como se defender uma "soberania" do profissional da Medicina, mas sim uma "autonomia técnica" que decorre não apenas do fato de alguém "ser médico", mas sim deste profissional "ser reconhecido como e principalmente *agir* como um médico", utilizando-se do saber técnico que vem a ser a característica principal de sua profissão no interesse público.

[35] Como foi bem delineado pelo STJ no já citado Tema nº 106 dos Recursos Repetitivos.

alcance de suas responsabilidades e tarefas enquanto carregam uma relação especial com as restrições da organização, e as restrições organizativas e ambientais sofrem uma mitigação caso interfiram na autonomia profissional.

2.2 Breve anotação quanto à arbitrariedade do médico público

Como visto, é necessário, portanto, que o médico público motive suas prescrições fundamentado no conhecimento científico que instrui sua profissão, e que registre tal motivação como é dever de qualquer outro agente público. A arbitrariedade[36] no agir do médico não está na inobservância de uma lei que determine somente ser possível a prescrição de medicamentos constantes em lista autorizada, mas sim na ausência da demonstração de motivação científica para a tomada de qualquer decisão.

3. As opções dos médicos públicos e suAs SUBJETIVIDADES

Identificados os limites em abstrato, é necessário que os mesmos sejam testados em casos concretos. Desta forma, Identificamos os seguintes momentos que um médico toma alguma decisão no seu mister. Consideraremos neste teste apenas a prescrição medicamentosa.

Reitera-se que, como afirmado na introdução, apenas escolhas lícitas serão analisadas.

3.1 A situação

Paciente do SUS chega ao consultório do médico público onde este agente deve decidir (ou não) por receitar fármacos para o seu tratamento. Tomemos por hipótese que não são necessários exames complementares para o diagnóstico *ou* que o paciente está retornando

[36] SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 253-260

com os exames anteriormente requisitados e o médico assistente em questão julga que estes já são suficientes para o diagnóstico da condição clínica que o aflige e consequente prescrição de medicamentos.

O médico tem diante de si as seguintes opções:

1) Atender ou não o paciente
2) Se atendê-lo, prescrever ou não algum medicamento
3) Se optar por prescrever o medicamento, há nove possibilidades de escolha com ramificações:
    a. O medicamento julgado adequado existe na(s) lista(s) do SUS;
    b. O medicamento julgado adequado não existe na(s) lista(s) do SUS, mas existe no mercado brasileiro e foi aprovado pela ANVISA
    c. O medicamento julgado adequado não existe na lista do SUS, mas existe no mercado internacional sem ter sido aprovado pela ANVISA, onde:
        i. Está em processo de registro na ANVISA
        ii. Existe somente em outros países e não está pendente de registro na ANVISA.
    d. Não existe medicamento aprovado para o tratamento do paciente em questão, sendo que:
        i. Há medicamento em fase de pesquisa científica ou acadêmica, mas ainda não há liberação para uso em pacientes.
        ii. Não há registro de tratamento adequado na literatura médica (“doença nova”).
    e. Há mais de uma opção pelo SUS de medicamentos para o paciente em questão, onde:
        i. Todas igualmente válidas, sem distinção apreciável entre elas;
        ii. Todas são válidas, mas há uma claramente melhor que a(s) outra(s);

1. A melhor opção está "em falta"

f. O medicamento ideal não existe na(s) lista(s) do SUS, mas há um similar ou outro medicamento que pode vir a resolver o problema.
g. O médico discorda da apresentação do medicamento constante no SUS em favor de uma que não está contemplada no sistema, tendo que enfrentar o problema causado pela:
    i. Apresentação
    ii. Remédio de Marca x Genérico
h. O paciente tem sua própria opinião a respeito do tratamento:
    i. A opinião do paciente quanto ao tratamento tem respaldo científico, e consta do rol do SUS;
    ii. A opinião do paciente quanto ao tratamento tem respaldo científico, mas não consta do rol do SUS;
    iii. A opinião do paciente não tem apoio científico
i. O paciente sofre de doença grave, sem prognóstico de cura, onde:
    i. O paciente quer continuar com um tratamento que não lhe trará benefícios
    ii. O paciente quer abandonar o tratamento.

Analisemos, portanto, uma a uma as opções e seus limites:

3.1 Atender ou não o paciente

Trata-se de uma dicotomia. O médico público, enquanto servidor público, não pode escolher os pacientes que atenderá, pois isso a princípio se coloca contra o princípio constitucional da impessoalidade[37].

Por outro lado, o Código de Ética Médica é claro em dizer que[38]

> VII - **O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços** que contrariem os ditames de sua consciência ou **a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.**

Caso o médico se encontre em uma situação que afete sua objetividade, como no caso de estar consultando um desafeto ou alguém que lhe seja emocionalmente próximo, o profissional pode alegar que não deseja atender esta pessoa. A objetividade do médico é corolário do princípio da eficiência, e não se pode dizer que a negativa de atendimento viola o princípio da impessoalidade neste caso concreto, posto que o próprio órgão de controle profissional prevê a hipótese formalmente.

Logo, de início imaginamos estar diante de uma hipótese de *discricionariedade de atuação* pois a princípio o médico pode optar por atender ou não quem se apresenta como paciente em seu local de trabalho com base em seu próprio critério.

No entanto, o espaço de discricionariedade do médico pode ser drasticamente reduzido tornando sua atuação vinculada caso:

> 1) o médico chegar a conclusão que não pode atender objetivamente àquele paciente, caso em que deve recusá-lo a não ser em caso de

[37] CRFB/88, art. 37, *caput*.

[38] Código de Ética Médica, Cap. 1 (Princípios Fundamentais), Princípio VII

emergência, conforme o próprio princípio VII do Código De Ética Médica preceitua;

2) O médico for o único profissional que estiver disponível, quando deverá necessariamente atender o paciente, caso previsto pelo próprio princípio VII do Código De Ética Médica;

3) Quando a recusa trouxer danos ao paciente, caso em que necessariamente deverá atender o paciente, hipótese também prevista no princípio VII do Código De Ética Médica.

Além de ser uma afronta ao Código de Ética Médica, a recusa em atender um paciente em situação de emergência pode ser considerado um ilícito penal, não podendo o médico alegar sequer qualquer regulamento administrativo em favor da recusa.[39, 40]

3.2 Atender o paciente e optar por não prescrever nenhuma medicação

O médico tem autonomia técnica para decidir a melhor linha terapêutica caso a literatura médica preveja uma multiplicidade de tratamentos para o paciente. O médico pode, assim, optar por prescrever um tratamento não medicamentoso para o paciente em questão, desde que este tratamento se coloque como uma opção tecnicamente válida.

Trata-se de hipótese de apreciatividade administrativa[41], pois o profissional pode escolher, dentre várias condutas igualmente válidas,

[39] Código Penal, art. 135 (omissão de socorro), além do crime correspondente ao resultado da omissão (art. 13, § 2º, "a")

[40] MÉDICO é preso suspeito de negar socorro a recém-nascido no Maranhão. https://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/medico-e-preso-apos-omitir-socorro-a-recem-nascido-no-maranhao.ghtml. Acesso em 04 feb. 2018

[41] SADDY, *op.cit.,* p.141.

qual a melhor linha de ação, mesmo que sejam várias linhas terapêuticas diferentes, e em alguma(s) destas linhas haja a opção por não medicar. O médico tem autonomia técnica para escolher o tratamento que julgue mais adequado ao caso concreto.

No entanto, caso o atendimento ao paciente em questão tenha uma única clara linha de ação – sempre baseada no saber científico – a apreciatividade dará lugar à vinculação, pois o profissional restará vinculado a seguir a linha que melhor atenda os interesses do paciente.

Em um último comentário, caso a opção por não atender o paciente seja deonticamente idêntica à opção de atendê-lo, pode-se dizer que há uma discricionariedade de decisão.

3.3 Caso o médico opte por prescrever medicação

Neste caso, como em todos os outros, aplicam-se integralmente as disposições do Código de Ética Médica e da legislação de regência do trabalho médico e do SUS, mas há ramificações importantes, que alteram em maior e menor grau a liberdade de escolha do médico na sua prescrição. A elas:

3.3.1 Há apenas um medicamento julgado adequado pelo médico na(s) lista(s) do SUS

Neste caso, não há o que discutir. O médico público deve sempre observar os regulamentos administrativos e as leis, tendo legitimidade para delas se afastar apenas quando se encontrar perante um caso onde a autonomia de sua profissão e seu Código de Ética assim o determine.

No caso ora em mesa, inicialmente não há falar em discricionariedade ou apreciatividade. O médico está vinculado a prescrever o medicamento existente nas listas do SUS e que no seu julgamento seja adequado ao caso concreto.

3.3.2 O medicamento julgado adequado pelo médico não existe na(s) lista(s) do SUS, mas existe no mercado brasileiro e foi aprovado pela ANVISA

Trata-se de problema recorrente no Poder Judiciário brasileiro: a prescrição pelos médicos de medicamentos que não figuram nas listas de medicamentos padronizados.

Neste caso, entende-se que a autonomia do médico em selecionar qual o melhor tratamento para seus pacientes deve ser privilegiada, pois é ao médico que foi cometida a técnica para definir a conduta a se seguir no melhor interesse público.

Este entendimento encontra-se consubstanciado no voto do Ministro Gilmar Mendes (rel.) no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175[42], considerado por muitos o julgamento paradigmático do fornecimento de medicamentos pelo SUS. Na decisão, o Ministro Relator afirma que[43]

> Se, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, por outro a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada.
> **Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença**

[42] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada STA nº 175/CE – Distrito Federal. Plenário, Unânime. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, DJ Nr. 76 do dia 30/04/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf> . Acesso em: 04 fev. 2018.

[43] STF, AgR na STA 175, *op.cit*

> **entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar. [grifos no original]**

Quanto ao médico, como já afirmado, este é o guardião da técnica; também como já afirmado, deve o médico exercer seu mister sem interferências externas, se for o caso, prescrevendo medicamentos fora da lista do SUS.

Sem embargo, imagina-se mesmo que a autonomia profissional neste caso vem robustecer o sistema, pois de posse de novas demandas o Administrador do SUS poderá promover a atualização das listas ou argumentação que desautorize o uso do fármaco – nos termos do voto do relator do AgR na STA 175 colacionados supra.

Ressalte-se que embora a Administração esteja impedida de fornecer medicamentos que não constam da lista do SUS por sua estrita adstrição ao princípio da legalidade, os médicos do SUS não podem ser proibidos de receitá-los, por tudo o que já foi visto sobre autonomia técnica[44].

Neste sentido, igualmente, o já citado Tema nº 106 dos Recursos Repetitivos do STJ, que apresenta os critérios objetivos e formais para que prescrições fora da lista do SUS sejam impositivas à Administração Pública.

Quanto à subjetividade do médico, neste caso ela a princípio também não existe, pois se há apenas um medicamento ou um medicamento claramente superior que possa ser prescrito no interesse de seu paciente, após haver chegado nesta conclusão o médico não poderá deixar de prescrevê-lo, pois trata-se da melhor decisão técnica.

---

[44] SOUZA, Renato. *op.cit*

Se houver mais de uma opção igualmente válida, tratar-se-á de discricionariedade de eleição.

Ressalte-se a necessidade do médico instruir a sua prescrição com os elementos que o fizeram chegar à conclusão de que o medicamento extra rol é comprovadamente eficaz para o caso concreto. Nunca se deve esquecer que o fundamento da legitimidade do médico é justamente a cientificidade de seu agir, e a autonomia técnica não se confunde jamais com a desnecessidade de motivar seus atos[45].

Um médico público que prescreve um medicamento fora das listas autorizadas sem demonstrar a fonte de seu convencimento, sequer apontando a publicação ou o estudo científico que o levou à conclusão inafastável de que o medicamento prescrito (poderá) vir a beneficiar seu cliente perde a legitimidade de seu agir, e comete um ato arbitrário[46].

Isto porque é velha lição do direito administrativo que um ato administrativo não fundamentado é nulo de pleno direito, pois a ausência de fundamentação impede que os administrados e a própria administração conheçam as razões que levou aquele agente a agir da forma que agiu. Não é outra a razão pela qual o STJ cominou a obrigação de se juntar um **laudo médico fundamentado e circunstanciado pelo médico que assiste o paciente** no Tema 106 dos Recursos Repetitivos.

---

[45] Quanto à necessidade de motivação dos atos pelos médicos, um bom artigo foi escrito para o portal do Conselho Federal de Medicina pelo Dr. Antonio Ferreira Couto Filho, Advogado e presidente da Comissão de Biodireito do Instituto de Advogados Brasileiros (IAB). No texto, ele busca motivar os médicos a motivar seus atos mediante o preenchimento do prontuário para facilitar a defesa em caso de demandas judiciais. COUTO FILHO, Antonio Ferreira. Judicialização da saúde × banalização do ato médico: médico réu. 2017. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27348:2017-12-2-103611&catid=46:artigos&Itemid=18_>. Acesso em: 21 jan. 2018.

[46] Como visto em tópico acima

3.3.3 O medicamento julgado adequado não existe na lista do SUS, mas existe no mercado internacional sem ter sido aprovado pela ANVISA

No caso em que o medicamento não exista no mercado brasileiro ou não possua registro pela ANVISA, há uma situação mais complicada.

De início, ressalta-se o mesmo que o disposto no item anterior. O Médico que prescreve um medicamento cuja eficácia sequer foi atestada pela ANVISA necessita consubstanciar a prescrição em estudos científicos ainda mais robustos. É, sem dúvida, um caso para o Poder Judiciário, pois sob nenhuma hipótese a Administração poderá dispensar medicamentos que não tenham sido aprovados pelo órgão regulador brasileiro.

Conforme narra o Ministro Gilmar Mendes em seu voto no AgR na STA 175, foi realizada uma audiência pública a respeito do tema da lide, onde, após ouvidas várias opiniões, estabeleceu-se que o registro na ANVISA configura-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo o primeiro requisito para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação.

Quando há ausência de registro na ANVISA, deve-se perscrutar os motivos para ver se há também a ocorrência de um destes três fatores: omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-lo ou de uma vedação legal à sua concessão.

Quanto ao médico, a situação de sua liberdade de escolha é a mesma da anterior. Se agindo de boa-fé na prescrição de medicamentos ele venha a entender (comprovando e demonstrando cientificamente) ser a prescrição de medicamentos não aprovados pela ANVISA a melhor opção para seu cliente, o médico encontra-se vinculado à esta possibilidade, e goza da autonomia técnica característica de sua profissão.

O disposto é verdade tanto para o medicamento ainda pendente de registro e para aquele que apenas existe em outros países.

No entanto, deve-se ter em mente o decidido pelo STF fixado no já citado Tema 500 da Repercussão Geral. A regra geral é a vedação de fornecimento, havendo casos especiais.

3.3.4 Não existe medicamento aprovado para o tratamento do paciente em questão

Esta é uma questão que não podemos responder a contento. Isso porque, fundado nos princípios do direito administrativo e na origem da legitimidade médica como sendo o conhecimento científico, nos é impossível argumentar em favor de uma prescrição não científica como vinculante para o poder público. Se não há base científica, qualquer ato de prescrição de medicamentos feito desta forma seria imotivado, o que tornaria o ato administrativo nulo de pleno direito.

No entanto, fazemos referência à citação de Eliot Freidson na nota de rodapé nº 56 de seu conhecido livro[47], onde o autor explica que

Na verdade, como a Medicina busca soluções práticas para os problemas concretos, é obrigada a perseverar, mesmo quando lhe falta fundamentação científica para suas atividades. Ela está centrada na intervenção – que ocorre independentemente da existência de conhecimentos confiáveis.

Este é o problema insolúvel. Administrativamente, não há nada a se fazer, pois não há como o legislador ou o órgão regulamentador prever o imprevisível, ainda que haja dotação orçamentária para casos especiais. No entanto, o médico tem a obrigação profissional de buscar uma solução no interesse de seu paciente.

A única possibilidade de se legitimar a ação do médico neste caso é através do julgamento de seus pares. O médico na situação de ter que prescrever uma medicação nos moldes do exposto pode dirigir uma consulta ao Conselho de Ética Profissional, relatando o que pretende

[47] FREIDSON, Eliot. Profissão Médica: um estudo de sociologia do conhecimento aplicado. São Paulo: Editora UNESP; Porto Alegre: Sindicato dos Médicos do RS, 2009.

fazer e inquirindo se o Conselho Regional vê a violação de algum preceito ético no tratamento pretendido. De posse do parecer, deve então guiar sua decisão.

Reconhece-se ao médico a possibilidade de agir *sponte propria*, ou seja, sem aguardar por um parecer do CRM/CFM. Esta condição não é inédita ou absolutamente imprevisível, posto que parte do atendimento de saúde se dá na forma de emergência médica. No entanto, neste caso, o médico está à mercê do julgamento posterior por seus pares do Conselho de Ética, única instância capaz de valorar sua conduta em caso de questionamentos.

Do ponto de vista das subjetividades, entende-se que o médico aqui se encontra no uso de uma margem de livre apreciação[48], onde o conceito jurídico indeterminado no caso é a busca da melhor solução médica para seu paciente. Haverá condutas claramente vedadas pela ética profissional, um grande espaço de condutas possíveis (ainda que sua eficácia não esteja demonstrada) e uma zona cinzenta onde a valoração da conduta do médico somente é possível de ser realizada pelos seus pares.

3.3.5 Há mais de uma opção pelo SUS de medicamentos para o paciente em questão

A discricionariedade surge quando o médico chega à conclusão de que há mais de um medicamento adequado ao paciente. Neste caso, como as opções estão postas e são – a princípio – idênticas para os fins colimados, há autêntica discricionariedade administrativa de eleição.

Esta é a questão clássica da discricionariedade, qual seja, a opção da administração por condutas igualmente válidas. No caso de uma das condutas ser claramente superior às outras, a discricionariedade se reduz a zero, e o médico restará vinculado à melhor solução conforme já visto acima.

---

[48] SADDY, *op.cit*. p.382.

3.3.6 O medicamento ideal não existe na(s) lista(s) do SUS, mas há um similar nas listas autorizadas que pode vir a resolver o problema

Uma vez que, no uso de seu conhecimento técnico, o médico tenha chegado à conclusão de que um medicamento "A" é o mais adequado mas não existe no SUS, mas que o similar "B" consta das listas e pode ser uma solução, a decisão encontra-se totalmente nas mãos do médico. Cabe ao profissional fazer as análises que entender cabíveis, como risco de reações adversas ou de ineficácia, etc.

Uma vez que a melhor solução esteja definida, o médico se utiliza de apreciatividade para decidir se é conveniente ao paciente a troca por outro medicamento devido a uma questão de oportunidade. Isto porque pode ser melhor utilizar imediatamente um medicamento não ideal do que necessitar aguardar pela melhor opção. O juízo dessa escolha pertence ao médico, que se utilizará da já citada apreciatividade.

3.3.7 O médico discorda da apresentação do medicamento que consta da lista de referência em favor de uma outra, não constante do sistema

Trata-se de diferenças quanto à forma de apresentação. Neste caso, cabe rotineiramente ao profissional farmacêutico a adequação da prescrição médica à apresentação do medicamento[49].

A questão que se põe aqui é ser prerrogativa do médico a vedação de alterações na dispensação de sua prescrição. Neste caso, o paciente deve receber exatamente a medicação que o médico prescreveu, o que

[49] Por exemplo, a prescrição médica determina a ingestão de uma capsula de 1g do medicamento uma vez ao dia. Um farmacêutico pode alterar a dispensação para duas cápsulas de 500 mg do medicamento, também uma vez ao dia. Outro exemplo comum é a troca de um medicamento com vários princípios ativos por vários medicamentos, cada um com um princípio ativo.

pode levar ao caso narrado acima para um medicamento que não existe na lista do SUS.

A diferença é que, enquanto lá o ato do médico era vinculado, aqui trata-se de apreciatividade. Isto porque o médico pode levar vários fatores em conta para tomar sua decisão.

Por exemplo, suponha-se que o paciente seja um idoso com Mal de Alzheimer que receba a medicação pelo SUS na forma de 10 cápsulas por dia. Caso exista no mercado (mas não no SUS) um medicamento que concentre estas cápsulas na apresentação de apenas duas por dia, o médico pode optar por fixar a prescrição de forma que o idoso tenha uma melhor qualidade de vida e um tratamento mais eficiente através da redução da probabilidade de que haja erro ou esquecimento do paciente na administração da medicação.

No caso da diferença entre medicamentos "genéricos" e "de marca", é sabido que alguns médicos preferem prescrever medicamentos de marca, por acreditar piamente – baseado inclusive em sua vivência – que estes são mais eficazes.

Aqui retornamos para a questão da vinculação à melhor conduta. Se o medicamento existe no SUS, o médico deve receitá-lo, a menos que possua alguma prova científica de sua ineficácia quando comparado com um similar de marca, quando então poderá justificar a prescrição "especial" baseada nas evidências de que dispõe, motivando-a neste sentido.

3.3.8 O paciente tem sua própria opinião a respeito do tratamento

Trata-se de hipótese reconhecida nos princípios do Código de Ética Médica, *in verbis*:

> XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos

> por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

Em sendo esta uma determinação do Conselho Profissional, está o médico absolutamente vinculado a cumpri-la. Devemos, no entanto, subdividir a questão em três hipóteses:

3.3.8.1 A opinião do paciente quanto ao tratamento tem respaldo científico, e consta do rol do SUS

Neste caso, o médico encontra-se vinculado a realizar o tratamento de acordo com o desejo do paciente, ressalvadas as questões de consciência em recusar atendê-lo. Não se percebe uma subjetividade específica, a não ser as já citadas acima.

3.3.8.2 A opinião do paciente quanto ao tratamento tem respaldo científico, mas não consta do rol do SUS

Nesta hipótese, abre-se espaço ao médico para recusar o tratamento por não estar nas disposições legais ou pelas já citadas questões de consciência. Aqui seria uma discricionariedade de atuação.

No entanto, em nosso sentir, o médico estaria livre para recusar atender o paciente apenas no caso de haver tratamento similar oferecido pelo SUS, pois caso o tratamento desejado pelo paciente seja o mais indicado cientificamente, o médico estaria vinculado a prestá-lo.

3.3.8.3 A opinião do paciente não tem respaldo científico

Neste caso, o médico fica vinculado à impossibilidade de realizar a prescrição conforme desejada pelo paciente.

3.3.9 O paciente sofre de doença grave, sem prognóstico de cura

Neste caso, devemos voltar aos princípios do Código de Ética Médica:

> XXII - Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.

O mandamento do Conselho é claro: o médico está vinculado à realização dos cuidados paliativos. Mas suponhamos que o paciente pense diferente:

3.3.9.1 O paciente quer iniciar/continuar (com) um tratamento que não lhe trará benefícios

Neste caso, o médico encontra-se em uma situação de margem de livre apreciação. Ele pode querer convencer o paciente a não fazer/continuar com o tratamento, ou pode seguir com o desejo do paciente para evitar o sofrimento psíquico. Cabe ao médico decidir como proceder baseado no caso concreto, não havendo balizas para a sua atuação fora os parâmetros ético-profissionais.

3.3.9.2 O paciente quer abandonar o tratamento

É fato que o médico não pode impor o tratamento a quem não o deseje, mas há várias outras questões envolvidas. Aparenta ser outro caso de margem de livre apreciação.

Trata-se da questão do consentimento informado, uma questão de direito civil, tendo inclusive sido positivada no Código Civil[50]

[50] Código Civil, Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Conclusões

A profissão médica fundou-se primeiro na legitimidade, seguindo-se depois os dispositivos legais da dimensão da legalidade. Tendo demonstrado a primazia do fundamento ético-político da legitimidade para o exercício da profissão médica, espera-se haver demonstrado também que pesquisar apenas os critérios ético-jurídicos da legalidade estrita seria um guia pouco confiável para o estudo dos limites à discricionariedade da profissão médica.

A uma, porque a leitura dos artigos dos Códigos preparados pelo Conselho Federal de Medicina coloca poucos limites a sua atuação; a duas, porque o Judiciário sempre elevou a autonomia médica a patamares inexplicáveis sem uma pesquisa nos seus fundamentos – percepção esta que parece estar mudando nos últimos anos; e a três porque estamos diante de um exemplo concreto em que a legalidade estrita pode ceder perante a legitimidade, o que é algo inicialmente bastante difícil para o jurista perceber.

Finalmente, entende-se que o objetivo do artigo foi alcançado, e o longo percurso percorrido serviu para demonstrar que não só de margens de livre apreciação se constituem as subjetividades do médico público. Pelo contrário, o fundamento científico de legitimidade no qual todo o agir do médico se funda faz com que algumas decisões do médico público sejam vinculadas – algumas até mesmo *contra legem*, o que não é de cognição imediata pelos operadores do direito, especialmente no campo do direito administrativo, onde a legalidade estrita se impõe com força aos agentes públicos (mas cede perante o interesse público).

Quando começa a adentrar o tópico central de seu livro *Apreciatividade e Discricionariedade*, o doutrinador André Saddy afirma que, como "[...] nada atualmente foge do Direito, tudo está submetido ao ordenamento jurídico em geral, aos interesses públicos, à boa administração, à eficiência e ao resultado."

Realmente, nada foge ao Direito. No entanto, na atividade do médico, estamos diante de uma situação onde há uma *deferência* dos operadores do Direito – e mesmo dos legisladores, que delegam aos Conselhos Profissionais o poder regulamentar sobre a profissão – ao conhecimento médico técnico e científico de forma a que a decisão tomada pelo médico que obedece aos ditames da profissão seja considerada "a decisão correta".

Temos, então, duas posições: se, por um lado, a profissão médica desenvolveu-se historicamente de forma a que não reste dúvidas quanto ao médico dever ser livre para tomar a melhor decisão no interesse de seu paciente, por outro lado o médico público exerce essa liberdade no âmbito da administração pública, onde os recursos são escassos e a motivação dos atos é obrigação constitucionalmente imposta a todos os agentes públicos.

Logo, se o médico prescreve os medicamentos que constam da lista do SUS, esta decisão não precisa ser acompanhada de motivação, pois presume-se legítima uma prescrição feita de acordo com os regulamentos setoriais. A ausência de motivação pode levar a outros questionamentos, mas para os fins da dispensação de medicamentos o desiderato da norma foi atingido.

Por outro lado, se o médico prescreve uma medicação que não faz parte do das listas aprovadas pelo SUS, entrementes tomando o cuidado de externalizar o seu processo decisório mediante fundamentação no conhecimento científico – que pode ser uma citação à doutrina, à pesquisa (laboratorial ou empírica), a artigo em publicação, a anais de congressos, etc. – ou em um laudo circunstanciado, deve-se forçosamente entender que a prescrição médica está apta a obrigar a administração a prover a medicação, seja pela via administrativa ou pela judicial.

Agora, caso o médico se afaste da lista autorizada pelo SUS e prescreva uma medicação sem fundamentar tal procedimento nos princípios científicos que garantem a legitimidade da profissão médica, neste caso o interesse público deve estar ao lado do reconhecimento da

ineficácia da prescrição perante a Administração Pública, mesmo se perseguida a tutela judicial.

Porém, deve-se ressalvar com bastante ênfase que, devido à natureza urgente da medicina, há a possibilidade de se estar em uma situação de perigo de morte na qual a prescrição não seja fundamentada no momento da emissão, devendo o médico assistente ou socorrista ter o cuidado de juntar a fundamentação pertinente ao prontuário do paciente na primeira oportunidade.

Vemos, portanto, que a ampla *delegação de poderes* dada aos médicos deve ser basicamente freada por um esforço de autocontenção pelos próprios médicos, a par mesmo do que ocorre com os juízes e promotores.

Com esse comentário, podemos finalmente concluir pela existência de vários tipos de subjetividades na atuação dos médicos públicos.

Na maioria dos casos, o médico do SUS encarregado de prescrever medicamentos a um paciente que o procura encontra-se em uma situação de *apreciatividade administrativa*, pela própria natureza da profissão, que não tem balizas definidas a priori: o médico constrói a solução para o problema que lhe é proposto com base no seu conhecimento técnico-científico acumulado.

A atividade de prescrição se torna discricionária stricto sensu quando o médico se encontra perante uma ou mais opções definidas e relativamente idênticas para os fins de dispensação, e utiliza-se do critério de *escolha* ou *eleição*, ou mesmo de *discricionariedade de atuação* nos casos em que lhe é lícito decidir se atende ou não o paciente.

A situação pode tornar-se *vinculada* quando apenas uma das opções inicialmente imaginada atende ao melhor interesse do paciente.

Finalmente, no caso de não haver tratamento previsto em literatura para o paciente em questão, o médico encontra-se diante de margem de livre apreciação, sendo o conceito jurídico indeterminado o melhor interesse do paciente e os ditames éticos da profissão os limites de escolha.

Não se trata de uma condição estática. É necessário que o operador do Direito esteja de posse de todos os dados necessários sobre o caso concreto que pretende analisar para então proceder à classificação do ato do médico. Assim, evitam-se as generalizações – devidamente refutadas – de que o médico estaria "vinculado às listas do SUS" por questões hierárquicas e orçamentárias ou de que seria "soberano" no exercício de sua profissão.

Encerra-se reiterando-se as palavras do professor André Saddy, que afirma com razão que "nada atualmente foge do Direito". No entanto, por vezes é necessário que os operadores do Direito busquem ampliar o seu

Referências

ASENSI, Felipe. Sistema Único de Saúde: Lei 8.080/1990 e legislação correlata. Brasília: Alumnus, 2015.

BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. Brasília: Editora UnB, 1998 (obra em 2 volumes).

_____. Teoria do Ordenamento Jurídico. 4.ed. Brasília: EdUNB, 1994

BRASIL. Lei nº 12.841, de 10 de julho de 2013. Dispõe Sobre O Exercício da Medicina. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12842.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. Relação Nacional de Medicamentos Essenciais: RENAME 2017. Brasília: Ministério da Saúde, 2017. 210 p. Disponível em <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_nacional_medicamentos_rename_2017.pdf>. Acesso em 28 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.657.156/RJ, afetado aos Recursos Repetitivos. Tema nº 106 dos

Recursos Repetitivos. 1ª Seção. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Julgado em 25/04/2018, DJe: 04/05/2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada STA nº 175/CE – Distrito Federal. Plenário, Unânime. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, DJ Nr. 76 do dia 30/04/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf> . Acesso em: 04 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 657.718/MG com Repercussão Geral Reconhecida (Tema nº 500 da Repercussão Geral). Plenário. Rel. Min. Roberto Barroso. Julgado em 22 maio 2019, ainda pendente a publicação do acórdão em 20/10/2019.

CADEMARTORI, Sergio. Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista. 1997. 284 p. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997.

CARLINI, Angélica. Judicialização da Saúde Pública e Privada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CENTRO BRASILEIRO DE INFORMAÇÕES SOBRE MEDICAMENTOS - CEBRIM. Conselho Federal de Farmácia (Org.). Promovendo o uso racional dos medicamentos: principais componentes. Pharmacia Brasileira, Brasília, Ano III, n. 36, p.38-43, mar/abr 2003. Disponível em: <http://www.cff.org.br/sistemas/geral/revista/pdf/91/farmacoterapeutica.pdf>. Acesso em: 25 set. 2017.

CILLO, Alicia Beatríz. Responsabilidad Profesional. In: CILLO, Alicia Beatríz. Entre Colegas. La Plata: Colegio de Obstétricas de La Provincia de Buenos Aires, Distrito I, 2005. Cap. 3. p. 83-124. Disponível em: <http://www.ms.gba.gov.ar/ssps/residencias/biblio/pdf_Obstetricia/responsabilidad_profesional_entre_colegas.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO N° 2.145/2016: Código de Processo Ético - Profissional. Brasília: CFM, 2016. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2016/2145>. Acesso em: 10 jan. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO N° 1.931/2009: Código de Ética Médica (REVOGADO). Brasília: CFM, 2009. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122>. Acesso em: 10 jan. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO N° 2.217/2018: Código de Ética Médica. Brasília: CFM, 2018. Disponível em: < https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO MATO GROSSO DO SUL. PARECER CRM/MS Nº 003/2014 (Processo Consulta CRM MS nº 017/2013).

CORBIN, Alain. Bastidores: Gritos e Cochichos. In: PERROT, Michelle (Org.). História da Vida Privada, 4: da Revolução Francesa à Primeira Guerra. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Cap. 4. p. 387-568. Tradução de Bernardo Joffily.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira. Judicialização da saúde × banalização do ato médico: médico réu. 2017. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27348:2017-12-2-103611&catid=46:artigos&Itemid=18_>. Acesso em: 21 jan. 2018.

FREIDSON, Eliot. Profissão Médica: um estudo de sociologia do conhecimento aplicado. São Paulo: Editora UNESP; Porto Alegre: Sindicato dos Médicos do RS, 2009.

_____. Para Uma Análise Comparada Das Profissões: A institucionalização do discurso e do conhecimento formais. In: 19° ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 1995, Caxambu, MG. Versão

Revista Traduzida por João Roberto Martins Filho e Revisada por Leonardo G. Mello e Silva. [s.l.]: Anpocs, 1995.

FREITAS, Márcia Sayuri Takamatsu. Intercambialidade entre medicamentos genéricos e similares de um mesmo medicamento de referência. 2016. 180 p. Tese (Doutorado) - Curso de Farmácia, Faculdade de Ciências Farmacêuticas da Universidade de São Paulo. Departamento de Farmácia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/9/9139/tde-14122016-093243/publico/Marcia_Sayuri_Takamatsu_Freitas_DO_original.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2017.

LOPES, Pedro Moniz. Princípio da Boa Fé e Decisão Administrativa: estrutura e operatividade na discricionariedade conferida por normas habilitantes. Coimbra: Almedina, 2011.

LIMA, Gilberto Baumann de. Culpabilidade do Médico e a *Lex Artis*. Revista Jurídica do Uniaraxá, Araxá, Mg, v. 2, n. 02, p.124-142, ago. 1998. Semestral. Disponível em: <http://www.uniaraxa.edu.br/ojs/index.php/juridica/article/view/100/91>. Acesso em: 25 nov. 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. Legalidade e legitimidade: Novas Reflexões sobre os Limites e Controle da Discricionariedade. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

Organização Mundial de Saúde. Essential medicines and health products. Disponível em: <http://www.who.int/medicines/publications/en/>. Acesso em: 25 set. 2017.

PASSOS, Daniela Veloso; GOMES, Valéria Bastos. A judicialização da saúde e as políticas públicas para fornecimento de medicamentos: uma análise a partir das decisões do TRF da 5ª Região. Revista de Estudos Empíricos em Direito, [s.l.], v. 4, n. 3, p.98-110, 10 nov. 2017. Instituto

Rede de Pesquisa Empírica em Direito (REED). http://dx.doi.org/10.19092/reed.v4i3.168.

POINCARÉ, Henri. O valor da ciência. Rio de Janeiro: Contraponto, 1995.

SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____. Regulação Estatal, autorregulação privada e Códigos de Conduta e Boas Práticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-53.

SUÁREZ-QUIÑONES Y FERNÁNDEZ, Juan Carlos. La responsabilidad penal médica por el hecho imprudente: el error de diagnóstico. Jurisprudencia aplicable. Boletín del Ministerio de Justicia (Estudios doctrinales), Madrid, año 62, n. 2056, p. 581-625, 1 mar. 2008. Mensal. Disponível em: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428045405>. Acesso em: 27 dez. 2017.

RAPOSO, Vera Lúcia. Do ato médico ao problema jurídico. Coimbra: Edições Almedina, 2013.

AS SUBJETIVIDADES DOS PROFISSIONAIS NAS CLASSIFICAÇÕES DE RISCOS ("TRIAGENS") REALIZADAS EM PACIENTES DE UPAS NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

Dayane Aguiar Teixeira

Advogada. Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense. Professora de Direito Empresarial da Cia Jurídica. Pós-Graduada pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Sumário: Introdução**;** 1. Níveis hierárquicos no Sistema Único de Saúde**;** 2. Unidades de pronto atendimento**;** 3. Classificação de risco**;** 3.1 Conceito**;** 3.2 Origem do termo**;** 4. Acolhimento, classificação de riscos e legislação atinente**;** 4.1 Profissionais habilitados**;** 5. Análise dos tipos de subjetividades públicas**;** 5.1 Liberdade de conformação ou configuração**;** 5.2 Discricionariedade em sentido técnico-jurídico**;** 5.3 Margem de livre apreciação dos Conceitos Jurídicos Indeterminados**;** 5.4 Apreciatividade**;** 6. Sistemas existentes para classificação de riscos**;** 7. O protocolo adotado no Brasil**;** 8. Jurisprudências**;** 9. As subjetividades observadas na atuação dos enfermeiros nas UPAs**;** Considerações finais**;** Referências

Introdução

O aumento da expectativa de vida, da violência urbana, do número de acidentes além de questões socioeconômicas que corroboram a extrema dificuldade de acesso aos serviços de saúde no Brasil vêm acarretando, especialmente nas últimas décadas, a superlotação de

hospitais públicos, e mais recentemente, também, nas Unidades de Pronto Atendimento (UPAs).[1]

Os serviços de urgência e emergência possuem como atributos basilares o atendimento a pacientes em situações extremamente agudas, com risco de óbito ou pacientes com sofrimento intenso, entretanto, a maioria dos usuários que busca tais serviços poderia se dirigir aos componentes da atenção básica de saúde para sanar seus problemas.

O sistema de acolhimento e classificação de riscos ("triagem") foi criado justamente para dirimir de forma equânime e racional, a prioridade que deve ser ofertada no tratamento de pacientes de acordo com a gravidade do seu estado e não somente com base na ordem de chegada.

O presente artigo é um estudo descritivo com abordagem qualitativa realizado em quatro Unidades de Pronto Atendimento (UPAs) do município do Rio de Janeiro: UPA de Botafogo, de Copacabana, da Cidade de Deus e da Barra da Tijuca. A escolha por essas quatro Unidades de Pronto Atendimento justifica-se pela proximidade da residência e do local de trabalho da autora.

O trabalho objetiva investigar e analisar as possíveis subjetividades dos profissionais que realizam essas triagens de paciente nas quatro UPAs citadas, realizando uma pesquisa de campo, com entrevista dos enfermeiros nos locais de acolhimento e classificação de risco. O trabalho almeja ainda, apresentar críticas e reflexões acerca dos assuntos tratados, de forma a possibilitar um melhor entendimento no que diz respeito às subjetividades eventualmente observadas.

Esclarece-se que esta pesquisa de campo será realizada dentro das supracitadas UPAs, não abarcando a subjetividade dos profissionais que atuam no setor privado. O estudo também não abordará, ao menos de forma aprofundada, possíveis limites impostos aos referidos profissionais quando do exercício das subjetividades públicas.

---

[1] TELEMEDICINA MORSCH. Alto Uruguai Gaúcho, 2005. Disponível em: https://telemedicinamorsch.com.br/ blog/superlotacao-nos-hospitais. Acesso em: 15 out. 2019.

Os motivos sopesados ao vislumbrar e ouvir o paciente, e a forma pela qual os profissionais decidem quem será atendido prioritariamente abarcam uma temática de relevância e se justifica socialmente por tratar de matéria ainda pouco explorada, a qual possibilita a interdisciplinaridade entre Enfermagem/Medicina e o Direito.

Outrossim, objetiva-se explorar as diferentes espécies do gênero discricionariedade administrativa *lato sensu* ou subjetividades administrativas, defendendo a existência de uma quarta espécie, alcunhada pelo Professor André Saddy de apreciatividade administrativa.[2] Ademais, o artigo pretende provocar discussões jurídicas acerca dos principais sistemas de classificação de riscos dos pacientes em todo o mundo, e explicitar qual deles é adotado no Brasil.

Assim, indaga-se: seria possível verificar alguma espécie de subjetividade administrativa na atuação dos profissionais que efetivam a tarefa de classificar o risco dos pacientes nas UPAs visitadas no município do Rio de Janeiro? Quais?

A hipótese a ser confirmada ou refutada consubstancia-se na existência de dois tipos de subjetividades ou autonomias públicas na atuação dos agentes públicos supracitados.

O trabalho se vale de uma metodologia descritiva no primeiro momento e posteriormente indutiva, à medida que parte do conceito geral das subjetividades para posteriormente trazê-los à atuação dos profissionais responsáveis pela realização das triagens.

Realizou-se também um estudo de caráter bibliográfico, aquele que explica um tema ou problema com base em referências teóricas já elaboradas e publicadas, na busca de analisar e compreender outras pesquisas científicas existentes bem como um estudo das jurisprudências atinentes ao tema.

---

[2] SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

1. Níveis hierárquicos no Sistema Único de Saúde

No Brasil, o Sistema Único de Saúde[3] está organizado em três níveis hierárquicos de atenção à saúde: atenção básica ou primária, intermediária e de alta complexidade.

A atenção básica é constituída pelas Unidades Básicas de Saúde (UBS), pelos agentes comunitários de saúde (ACS), pela equipe de saúde da família (ESF) e pelo núcleo de apoio à saúde da família (NASF) enquanto o nível intermediário de atenção é encargo do SAMU 192 (Serviço de Atendimento Móvel às Urgências), e das Unidades de Pronto Atendimento (UPAs). Já o atendimento de alta complexidade é realizado nos hospitais.[4]

Toda e qualquer unidade supracitada compõe a rede assistencial à saúde do SUS e teoricamente os cidadãos que procuram atendimento devem ser acolhidos e atendidos em qualquer nível de atenção à saúde, e quando não houver capacidade de assistência para o devido atendimento, deverão ser encaminhados para o nível hierárquico superior, ou seja, UPAs e hospitais.

O SUS é o único sistema de saúde pública do mundo que atende mais de 190 milhões de pessoas, sendo que 80% delas dependem exclusivamente desse sistema para qualquer atendimento.[5]

---

[3] O SUS foi instituído pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 196, e regulamentado pelas Leis 8080/90 e 8142/90, com fito de assegurar o acesso livre e gratuito a todos que necessitam de cuidados à saúde, cabendo ao Estado promover, por meio de políticas públicas, a prevenção e redução de enfermidades bem como de outros agravantes que coloquem em risco a saúde dos cidadãos.

[4] SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE DE MINAS GERAIS (SES). Sistema Único de Saúde (SUS): Belo Horizonte, 2013. Disponível em: http://www.saude.mg.gov.br/sus. Acesso em: 31 jul. 2019.

[5] MAIA, Wander Veroni. O SUS nas redes sociais: A abordagem do Sistema Único de Saúde (SUS) na página do Facebook da Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais. 2015, p. 17. Trabalho de Conclusão de Curso. Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015. Disponível em: http://repositorio.esp.mg.gov.br:8080/xmlui/handle/ 123456789/72. Acesso em: 14 out. 2019.

2. Unidades de pronto atendimento

As UPAs são responsáveis por estabilizar o quadro clínico dos pacientes, definir um diagnóstico e analisar a necessidade de encaminhá-los ou não a uma unidade hospitalar. Os pacientes podem ser liberados, permanecer em observação por até 24 horas ou podem ser transferidos para um hospital, no caso de o quadro ser grave ou mais complexo. Foram criadas com o objetivo de reorganizar o fluxo de atendimento na rede pública, de forma a aperfeiçoar a assistência oferecida à população.

Devem funcionar 24 horas por dia, realizando "triagem" classificatória de risco, prestando atendimento resolutivo aos pacientes acometidos por quadros agudos ou crônicos agudizados, casos de baixa complexidade, à noite e nos finais de semana, quando a rede básica e a Estratégia de Saúde da Família não estão ativas.[6]

Podemos concluir, então, que as UPAs são estruturas de complexidade intermediária entre as Unidades Básicas de Saúde (atenção básica) e a alta complexidade, as quais em conjunto com estas compõem uma rede organizada de atenção às urgências, integrando a Rede Pré-Hospitalar Fixa.[7]

Atualmente, no estado do Rio de Janeiro existem 29 UPAs em funcionamento sob gestão da Secretaria de Estado da Saúde (SES) de

---

[6] BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 2048, de 5 de novembro de 2002. Aprova o Regulamento Técnico dos Sistemas Estaduais de Urgência e Emergência. Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2002/prt2048_05_11_2002. html. Acesso em: 25 ago. 2019.

[7] BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.600/GM/MS, de 7 de julho de 2011. Reformula a Política Nacional de Atenção às Urgências e institui a Rede de Atenção às Urgências no Sistema Único de Saúde (SUS). Brasília, DF, 2011. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/ prt1600_07_07_2011. html. Acesso em: 25 ago. 2019.

forma compartilhada com as Organizações Sociais de Saúde[8] (como o IDAB – Instituto Diva Alves do Brasil) e um número parecido de UPAs geridas por Empresas Públicas de Saúde, como a RioSaúde, por exemplo.

As UPAs ajudam a diminuir as filas nos prontos-socorros dos hospitais, oferecendo estrutura simplificada, com raio-X, eletrocardiografia, pediatria, laboratório de exames e leitos de observação. Nas localidades que contam com UPA, 97% dos casos são solucionados na própria unidade.[9]

Não obstante, somente em casos de urgência e emergência traumáticas e não traumáticas os cidadãos devem procurar as UPAs. Além disso, é a opção de assistência de saúde nos feriados e finais de semana quando as Unidades Básicas de Saúde (USB) estão fechadas. Há também a situação em que o usuário pode ser encaminhado das UBS para a UPA, dependendo da gravidade ou da necessidade de um pronto atendimento ou qualquer situação de emergência.[10]

Segundo a Lei 9.656/98 podemos definir os casos de emergência como aqueles em que há risco imediato de morte ou de lesões irreparáveis para o paciente, que deve ser diagnosticado e tratado nos primeiros momentos após sua constatação. Exemplos: infarto do miocárdio, acidente de origem elétrica, picada ou mordida de animais peçonhentos, afogamentos, hemorragia, derrames, perda de função e/ou dormência nos braços e pernas, sangue no vômito, urina, fezes ou tosse,

---

[8] SECRETARIA DE SAÚDE DO GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. UPA 24 horas. Rio de Janeiro, [s. d.] Disponível em: http://www.saude.rj.gov.br/atendimento/upa-24-horas. Acesso em: 15 out. 2019.

[9] BRASIL. Ministério do Planejamento. Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). UPA – Unidade de Pronto Atendimento. Brasília, DF, 2007. Disponível em: http://www.pac.gov. br/infraestrutura-social-e-urbana/upa-unidade-de-pronto-atendimento. Acesso em: 31 jul. 2019.

[10] SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE DE MINAS GERAIS (SES). Sistema Único de Saúde (SUS): Belo Horizonte, 2013. Disponível em: http://www.saude.mg.gov.br/sus. Acesso em: 31 jul. 2019.

grave reação alérgica, convulsões, dores intensas no peito, abdômen, cabeça e outros.

Já os casos de urgência podem ser entendidos como uma situação clínica ou cirúrgica, sem risco de morte iminente, mas que, se não for tratada, pode evoluir para complicações mais graves. Exemplos: fraturas, luxações, torções, asma brônquica em crise, transtornos psiquiátricos, dor abdominal de moderada intensidade, retenção urinária em pacientes idosos ou mais de um episódio de vômito em até 12 horas.

Os cidadãos poderão nas UPAs resolver problemas como pressão alta, febre, cortes, queimaduras, alguns traumas e receber o primeiro atendimento para infarto ou Acidente Vascular Cerebral (AVC), entre outras enfermidades. Quando o paciente chega à unidade, primeiro é realizado o acolhimento com classificação de risco ("triagem") e posteriormente os médicos prestam socorro, controlam o problema e detalham o diagnóstico. Eles analisam se é necessário encaminhar o paciente a um hospital ou mantê-lo em observação por até 24 horas.[11]

3. Classificação de risco

Este capítulo abordará a conceituação de classificação de risco ("triagem") na área da saúde, qual a sua finalidade, origem, bem como a evolução no emprego do termo.

3.1 Conceito

Rubia Maria Albino esclarece que o termo classificação de risco ou "triagem" pode ser conceituado como o primeiro atendimento oferecido por profissionais de saúde aos usuários dos serviços e tem por desígnio a efetivação de uma primeira avaliação a qual possibilite

[11] REDECOLBRASIL, notícias com credibilidade. UPA – Unidade de Pronto Atendimento de Cristalina é a primeira do Entorno de Brasília. Brasília, 2008. Disponível em: https://www.redecol.com.br/ 2010/07/upa-unidade-de-pronto-atendimento-de.html. Acesso em: 31 jul. 2019.

selecionar e dirigir os pacientes às unidades ou aos especialistas apropriados à sua assistência.[12] É a seleção das vítimas por prioridades de tratamento com base na gravidade do seu estado de saúde, determinando a ordem e prioridade dos cuidados aos pacientes que dão entrada nos serviços de urgência e emergência.

Trata-se de um processo utilizado em situações onde a urgência e a emergência ultrapassam a capacidade de resposta da equipe de socorro. Empregado para alocar recursos e hierarquizar vítimas de acordo com um sistema de prioridades, de forma a possibilitar um bom atendimento ao maior número possível de pacientes.[13] Em suma, a "triagem" é o meio pelo qual se organiza a demanda de pacientes que chegam à procura de atendimentos em serviços de urgências e emergências da atenção hospitalar e pré-hospitalar, identificando os que necessitam de atendimento imediato e reconhecendo aqueles que podem aguardar em segurança o atendimento, antes de um ajuizamento diagnóstico e terapêutico.

3.2 Origem do termo

Triagem é um termo com origem na palavra francesa *trier* que significa separar, selecionar ou escolher. O termo foi utilizado pela primeira vez pelo cirurgião do exército francês Jean Dominique Larrey, durante a Revolução Francesa, para identificar no processo de seleção realizado rapidamente entre os soldados feridos, aqueles que exigiam

---

[12] ALBINO, Rubia Maria; GROSSEMAN, Suely; RIGGENBACH, Viviane. Classificação de risco: uma necessidade inadiável em um serviço de emergência de qualidade. Arquivos Catarinenses de Medicina, [s.l.], v. 36, n. 4, p. 6, 2007. Disponível em: http://www.acm. org.br/revista/pdf/artigos/523.pdf. Acesso em: 25 ago. 2019.

[13] ENFERMEIRO NOGUEIRA: Atendimento de Urgência em Incidentes com Múltiplas Vítimas, [s.l.], 2017. Disponível em: http://enfermeironogueira.blogspot.com/2015/07/atendimento-de-urgencia-em-incidentes. html. Acesso em: 15 out. 2019.

atendimento e tratamento médico prioritário dos que poderiam esperar sem risco de morte.[14]

Porvindouro, o sistema foi adotado pelos militares em outras guerras ou catástrofes para atender aos feridos. Segundo Elis Martins Ulbrich, durante a Primeira Guerra Mundial o termo foi largamente empregado pelos médicos e enfermeiros que prestavam cuidados de emergência nos hospitais de campanha perto dos campos de batalha. Os responsáveis pela remoção dos feridos separavam as vítimas em três categorias: aqueles com probabilidade de viver, independentemente do tratamento recebido; aqueles com probabilidade de morrer, independentemente do tratamento recebido e aqueles para quem a atenção médica imediata poderia ter influência no prognóstico.[15]

Segundo Ana Augusta Pires Coutinho, desde então, o sistema foi lapidado com o passar das décadas, mas sempre esteve relacionado às guerras ou às grandes catástrofes, não sendo aplicado à população civil até 1960. A partir desta década, começou a notar-se nos Estados Unidos um processo crescente de modificação da prática médica, quando se percebeu um significativo acréscimo na procura aos serviços de emergência e urgência tornando a demanda superior aos recursos disponíveis. Essa situação levou à necessidade de classificar os doentes e determinar aqueles que necessitavam de cuidado imediato independentemente da hora de chegada ao hospital.[16]

---

[14] ULBRICH, Elis Martins; MANTOVANI, Maria de Fátima; BALDUINO, Anice de Fátima *et al*. Protocolo de enfermagem em atendimento emergencial: subsídios para o acolhimento às vítimas. Cogitare Enfermagem, Curitiba, v. 15, n. 2, p. 286-292, abr.-jun. 2010. Disponível em: https://www.redalyc.org/pdf/4836/483648971015.pdf. Acesso em: 31 jul. 2019.

[15] ULBRICH, Elis Martins; MANTOVANI, Maria de Fátima; BALDUINO, Anice de Fátima *et al*. Protocolo de enfermagem em atendimento emergencial: subsídios para o acolhimento às vítimas. Cogitare Enfermagem, Curitiba, v. 15, n. 2, p. 286-292, abr.-jun. 2010. Disponível em: https://www.redalyc.org/pdf/4836/483648971015.pdf. Acesso em: 31 jul. 2019.

[16] COUTINHO, Ana Augusta Pires; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira; MOTA, Joaquim Antônio César. Classificação de risco em serviços de emergência: uma

Até muito recentemente, a "triagem", quer fosse realizada por um paramédico ou outrem, era frequentemente baseada na intuição, em vez de responder por uma avaliação criteriosa e sistemática. A abordagem moderna é mais científica. O prognóstico de categorização da vítima é frequentemente o resultado de criteriosas avaliações fisiológicas.[17]

4. Acolhimento, classificação de riscos e legislação atinente

Mundialmente a busca pelos serviços de urgência e emergência tem crescido de forma assustadora, denotando em constantes alterações na organização da assistência à saúde pública. Por tal motivo, foram desenvolvidos sistemas de acolhimento e classificação de risco para identificar a prioridade clínica de cada paciente que espera pelo atendimento, facilitando assim a igualdade de acesso.[18]

A desordem vivenciada pelos usuários e profissionais dos serviços de urgência e emergência trouxe a necessidade de reorganizar a atenção com o objetivo de priorizar os atendimentos conforme o risco, sem negligenciar o atendimento a nenhum usuário. Com isso, a classificação de risco surgiu para garantir o acesso aos serviços de saúde

discussão da literatura sobre o Sistema de Triagem de Manchester. Revista Médica de Minas Gerais, MG, v. 22, n. 2, 2012. Disponível em: http://rmmg.org/artigo/detalhes/101. Acesso em: 25 ago. 2019.

[17] CONHECIMENTOGERAL. Definição, referências, fotos e vídeos de termos e assuntos de conhecimento geral. Triagem. [s.l.], 2016. Disponível em: https://www.conhecimentogeral.inf.br/ triagem/. Acesso em: 16 out. 2019.

[18] ULBRICH, Elis Martins; MANTOVANI, Maria de Fátima; BALDUINO, Anice de Fátima *et al*. Protocolo de enfermagem em atendimento emergencial: subsídios para o acolhimento às vítimas. Cogitare Enfermagem, Curitiba, v. 15, n. 2, p. 286-292, abr.-jun. 2010. Disponível em: https://www.redalyc.org/pdf/4836/483648971015.pdf. Acesso em: 31 jul. 2019.

por meio de uma abordagem integral ao usuário e pelo aperfeiçoamento do trabalho em equipe.[19]

No Brasil, o Ministério da Saúde, juntamente com as Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, pretendendo solucionar essas reais necessidades dos usuários do sistema, implementaram políticas públicas no intuito de reorganizar a assistência prestada pelo SUS. Assim, foram adotadas diversas medidas, e entre elas destaca-se a implantação do acolhimento com classificação de risco, tendo como principal objetivo a organização do fluxo de usuários.[20]

Em 2002, com o intuito de reorganizar o setor, o Ministério da Saúde, por meio da Portaria nº 2.048/2002, determinou princípios e diretrizes a serem seguidas nos sistemas de urgência e emergência do País, estabelecendo normas e critérios para operação e prestação desses serviços. A "triagem" classificatória de risco, segundo essa portaria deve ser executada por profissional de nível superior, mediante treinamento específico e utilização de protocolos pré-estabelecidos de avaliação de urgência, priorizando os casos mais graves para atendimento preferencial.

Um ano após, em 2003, o Ministério da Saúde lançou, por meio da Portaria nº 1.863/2003, a Política Nacional de Atenção à Urgência e Emergência (PNAU) com o intuito de estruturar e organizar a rede de urgência e emergência no País e, no mesmo ano, a Política Nacional de Humanização (PNH), a qual busca pôr em prática os princípios do SUS no cotidiano dos serviços de saúde produzindo mudanças nos modos de

---

[19] ZANELATTO, Daiana Maggi; PAI, Daiana dal. Práticas de acolhimento no serviço de emergência: a perspectiva dos profissionais de enfermagem. Ciência, Cuidado e Saúde, [s.l.], v. 9, n. 2, p. 358-365, 23 set. 2010. Disponível em: https://pdfs.semanticscholar.org/d1c4/227d9a091c287e770692436a0216bee5ea16.pdf. Acesso em: 31 jul. 2019.

[20] BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva, Núcleo Técnico da Política Nacional de Humanização. HumanizaSUS. Acolhimento com classificação de risco: um paradigma ético no fazer em saúde. Brasília, DF, 2004. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/ publicacoes/acolhimento.pdf. Acesso em: 25 ago. 2019.

agir, gerir, cuidar e incentivando trocas solidárias entre gestores, trabalhadores e usuários.

A PNH, denominada HumanizaSUS, utiliza ferramentas e dispositivos que podem potencializar a garantia de atenção integral, resolutiva e humanizada. Dentro desta política, destaca-se como diretriz o Programa de Acolhimento e Classificação de Risco (PACR) como uma das intervenções decisivas na reorganização e promoção da saúde.

Contudo, em 2004, os problemas com a superlotação dos serviços de urgência e emergência ainda persistiam. O Ministério da Saúde lança, então, uma cartilha com novas tecnologias para subsidiar esses imbróglios novamente por meio do acolhimento e da classificação de risco, apresentando o acolhimento como um instrumento que deve estar presente no cotidiano das práticas de saúde, por meio da escuta qualificada dos pacientes.

Destarte, definem-se, a seguir, acolhimento e classificação de risco:

a) Acolhimento – Compromisso de resposta às necessidades dos cidadãos que procuram os serviços de saúde. Trata-se de uma escuta racional e como diretriz operacional da Política Nacional de Humanização (PNH) do Ministério da Saúde, associado à classificação de risco, que tem por finalidade garantir a humanização da assistência nos serviços de saúde, ampliar o acesso e oferecer atendimento acolhedor e resolutivo.[21]

b) Classificação de risco – Segundo a supracitada cartilha do Ministério da Saúde, necessita seguir a ótica de um protocolo pré-estabelecido de acordo com o nível de complexidade do usuário, e não pela ordem de chegada. Ademais, o processo classificatório deve ser

[21] ACOSTA, Aline Marques; DURO, Carmen Lucia Mottin; LIMA, Maria Alice Dias da Silva. Atividades do enfermeiro nos sistemas de triagem/classificação de risco nos serviços de urgência: revisão integrativa. Revista Gaúcha de Enfermagem, Porto Alegre, p. 181-190, 2012. Disponível em: https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/85379/000872948. pdf?sequence=1. Acesso em: 25 ago. 2019.

realizado por enfermeiro, devidamente capacitado para exercer essa função. Trata-se de uma estratégia de gestão dos serviços de urgência e emergência, consistindo em um processo dinâmico de identificação do risco/vulnerabilidade do paciente, considerando as dimensões subjetivas, biológicas e sociais do adoecer e encaminhamentos necessários para a resolução do problema do usuário.[22]

A implantação do Programa de Acolhimento e Classificação de Risco (PACR) para atendimentos por critério de gravidade é entendida como uma postura ética e profissional. Esse programa é um processo dinâmico de identificação dos pacientes que necessitam de tratamento imediato, de acordo com o potencial de risco, agravos à saúde ou grau de sofrimento.

A lei do exercício profissional dos enfermeiros (Lei 7.498/1986) que dispõe sobre a regulamentação do exercício da enfermagem também respalda este profissional para realização da classificação de riscos. Veja-se:

> Art. 11. O Enfermeiro exerce todas as atividades de enfermagem, cabendo-lhe:
> I – privativamente:
> i) consulta de enfermagem;
> j) prescrição da assistência de enfermagem.

Salienta-se que a consulta e prescrição da assistência de enfermagem são atividades privativas do enfermeiro, e a classificação de risco está inserida na consulta de enfermagem. Diversas atividades e procedimentos de enfermagem, consoante o COREN e o COFEN em seus pareceres ou resoluções, definiram como sendo privativos do enfermeiro, devido maior complexidade técnica, necessidade de

---

[22] PINTO, Ione Carvalho; RODOLPHO, Fabiana; OLIVEIRA, Michele Mandagará de. Pronto atendimento: a percepção da equipe de enfermagem quanto ao seu trabalho no setor de recepção. Revista Gaúcha de Enfermagem, Porto Alegre, v. 25, n. 1, p. 81, 2004. Disponível em: https://www.seer.ufrgs.br/RevistaGauchadeEnfermagem/article/view/4496. Acesso em: 31 jul. 2019.

conhecimento científico mais aprofundado e decisão imediata embasadas nestes conhecimentos. Dentre as atividades e procedimentos privativos do enfermeiro, estão: Sistematização da Assistência de Enfermagem (SAE), Aprazamento de Prescrição Médica e Classificação de Risco.[23]

A Portaria nº 1.020/2009, do Ministério da Saúde, revogada pela Portaria 1.601/2011, ao definir as competências e responsabilidades das UPAs, utiliza os termos "acolhimento" e "classificação de risco" ao invés de triagem, pois entende "triagem" como uma prática de exclusão.

Outrossim, a Resolução COFEN 423/2012 em seu artigo 1º preleciona que "No âmbito da equipe de enfermagem, a classificação de risco e a priorização da assistência em serviços de urgência é privativa do enfermeiro, observadas as disposições legais da profissão". Ademais, a resolução prevê que o enfermeiro deve estar dotado de conhecimentos, competências e habilidades que garantam rigor técnico-científico ao procedimento.

Dessa forma, a Classificação de Risco e a devida priorização do atendimento em serviços de urgência/emergência é um processo complexo, que demanda competência técnica e científica em sua execução. Por isso, no que se refere à equipe de enfermagem, somente o Enfermeiro tem respaldo legal para realizar este procedimento, segundo a Resolução COFEN 423/2012.

Esse procedimento deverá ser executado no contexto do processo de enfermagem, atendendo-se as disposições da Resolução COFEN 358/2009 (Sistematização da Assistência de Enfermagem) e aos princípios da Política Nacional de Humanização.

Em 2013, o Ministério da Saúde, por meio da Portaria nº 3.390/2013, instituiu a Política Nacional de Atenção Hospitalar (PNHOSP) no âmbito do SUS. Esta portaria estabelece diretrizes para a

[23] LINKEDIN. 14 atividades privativas do enfermeiro: entenda também as atribuições dos auxiliares e técnicos de enfermagem neste contexto. [s.l.], 2016. Disponível em: https://www.linkedin.com/pulse/14-atividades-privativas-do-enfermeiro-entenda-tamb%C3%A9m-raquel-sakamoto. Acesso em: 16 out. 2019.

organização do Componente Hospitalar na Rede de Atenção à Saúde na qual considera o acolhimento como uma escuta ética e adequada às necessidades de saúde dos usuários no momento de procura pelo serviço e na prestação de cuidados com o propósito de atender à demanda com resolutividade e responsabilidade.

A Portaria nº 354/2014, do Ministério da Saúde, criada com o objetivo de estabelecer boas práticas na organização e funcionamento de serviços de urgência e emergência, define os conceitos de urgência e emergência, ratificando os termos da Resolução nº 1.451/95 do Conselho Federal de Medicina, os quais serão abordados no capítulo nove deste trabalho.

Por fim, a Resolução nº 2.079/2014 do Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre a normatização do funcionamento das Unidades de Pronto Atendimento em seu § 3º, *obriga* a implantação do acolhimento com classificação de risco para atendimento dos pacientes nas UPAs. A "triagem" em uma Unidade de Pronto Atendimento é um imperativo cada vez mais preocupante para o profissional de saúde que realiza suas atividades neste setor.

Em suma, os objetivos da classificação de risco são: evidenciar rapidamente os pacientes em risco de morte; indicar o local mais apropriado para tratar o doente que procura o serviço de emergência; diminuir o congestionamento nas áreas de tratamento do serviço de emergência, para melhoria do fluxo de paciente; assegurar a reavaliação periódica dos pacientes; comunicar aos pacientes e familiares o tipo de serviço de que necessita e o tempo de demora; colaborar com informações que auxiliem a determinar a complexidade do serviço, casuística, eficiência, carga de trabalho, utilização de recursos e satisfação do usuário; privilegiar apenas o acesso ao atendimento e não fazer diagnóstico.[24]

[24] ULBRICH, Elis Martins; MANTOVANI, Maria de Fátima; BALDUINO, Anice de Fátima *et al*. Protocolo de enfermagem em atendimento emergencial: subsídios para o acolhimento às vítimas. Cogitare Enfermagem, Curitiba, v. 15, n. 2, p. 286-292,

Uma "triagem" estruturada, por meio do acolhimento e da classificação de risco, permite que pacientes mais graves sejam mais prontamente atendidos. Este processo de acolhimento (escuta), observação dos sintomas e classificação dos riscos, portanto, raciona com eficácia os cuidados quando os recursos são escassos para tratar todos os usuários dos serviços imediatamente.

4.1 Profissionais habilitados

Conforme anteriormente elucidado, o processo de acolhimento e classificação de riscos deverá ser feito por profissional de nível superior, mediante treinamento específico e utilização de protocolos pré-estabelecidos de avaliação de urgência. A Resolução nº 423/2012, do Conselho Federal de Enfermagem, e a própria lei regulamentadora do exercício profissional de enfermagem, bem como os pareceres e resoluções do COFEN e COREN determinam o exercício privativo da classificação de riscos pelo enfermeiro.

O acolhimento, que é a escuta qualificada e humanizada do paciente, pode ser realizado por qualquer profissional da área da saúde, treinado para tanto, como o técnico de enfermagem, todavia a "triagem" classificatória de riscos necessariamente precisa ser executada por enfermeiro.

Considera-se o enfermeiro (além do próprio médico) como o profissional de saúde que mais possui conhecimentos acerca de métodos para tomadas de decisões urgentes, planejamentos, supervisão e auditoria, empregados no processo da classificação de risco.[25]

---

abr.-jun. 2010. Disponível em: https://www.redalyc.org/pdf/4836/483648971015.pdf. Acesso em: 31 jul. 2019.

[25] CAMARA, Rhamaia Ferreira; PAULINO, Tayssa Suelen; PEREIRA, Fabio Claudiney da Costa *et al*. O papel do enfermeiro no processo de classificação de risco na urgência: uma revisão. Revista Humano Ser, Natal, 2015, v.1, n. 1, p. 1. Disponível em: https://periodicos. unifacex.com.br/humanoser/article/view/628. Acesso em: 31 jul. 2019.

A formação do enfermeiro que atua na "triagem" destaca-se pela valorização das necessidades do usuário, tanto as biológicas, quanto as sociais e psicológicas. Ele necessita do correto preparo para classificar e, se imprescindível, reclassificar a prioridade de imediato atendimento do paciente durante o período de espera. Dessa forma, vislumbra-se que o ajuizamento do referido profissional deve ser cíclico, requisitando um sucessivo planejamento e reavaliações periódicas, se necessárias.[26]

No atual modelo de acolhimento com classificação de risco, o Ministério da Saúde incentiva o enfermeiro a realizar uma reflexão profunda sobre o processo de trabalho em questão. Nesse contexto, o trabalho do profissional também se baseia nos aspectos sociais e no contexto de vida do paciente. Ele é o primeiro contato da equipe de emergência com o usuário, cabendo ao enfermeiro guiar e colher os dados indispensáveis para a correta "triagem" dos pacientes.

Em relação à importância do enfermeiro dentro do pronto-socorro que aplica a classificação de risco evidencia-se o conhecimento científico, a autonomia e as atribuições gerenciais deste profissional como elementos de relevância para o sucesso da "triagem".[27]

5. Análise dos tipos de subjetividades públicas

A Administração Pública quando no exercício de suas atribuições, faculdades, poderes ou prerrogativas públicas, exerce sua vontade por diversos meios, como atos administrativos, atividades

---

[26] ACOSTA, Aline Marques; DURO, Carmen Lucia Mottin; LIMA, Maria Alice Dias da Silva. Atividades do enfermeiro nos sistemas de triagem/classificação de risco nos serviços de urgência: revisão integrativa. Revista Gaúcha de Enfermagem, Porto Alegre, p. 181-190, 2012. Disponível em: https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/85379/000872948. pdf?sequence=1. Acesso em: 25 ago. 2019.

[27] SALES ZEM, Kelly Karine; MONTEZELI, Juliana Helena; PERES, Aida Maris. Acolhimento com classificação de risco: concepção de enfermeiros de um pronto socorro. Rev. Rene, Fortaleza, v. 13, n. 4, p. 899-908, 2012. Disponível em: https://www.redalyc.org/pdf/3240/324027983020.pdf. Acesso em: 31 jul. 2019.

técnicas ou materiais, coação, entre outros, e em cada uma dessas ações se vale de uma margem de liberdade para atuar e fazer suas escolhas, exteriorizando assim a vontade administrativa.

Essa margem assinalada como subjetividade ou autonomia pública do administrador é comumente classificada em três grupos: discricionariedade administrativa em seu sentido técnico-jurídico, liberdade de conformação/configuração e margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados. Nada obstante, tem crescido na doutrina o posicionamento a favor da existência de um quarto tipo de subjetividade, denominada por André Saddy como apreciatividade administrativa.[28]

Miguel Sánchez Morón e Martin Bullinger[29] alcunham a referida apreciatividade como discricionariedade táctica.[30] Por sua vez, Eva Desdentado Daroca emprega a nomenclatura de discricionariedade instrumental, descrevendo-a como uma atividade em que o agente público executor se vê obrigado a utilizar seu próprio discernimento na eleição e uso dos critérios para a tomada de decisão.[31]

Assim, a subjetividade ou autonomia pública mostra-se como um gênero do qual fazem parte as quatro espécies de autonomia supracitadas. Verifica-se, contudo, que essas diferentes formas de margens de atuação da Administração Pública estão longe de consolidar

---

[28] SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

[29] MORÓN, M.; BULLINGER, M. *La discrecionalidad de la administración pública: evolución, funciones, control judicial*. La Ley: *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Madri, n. 4, p. 896-911, 1987. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/ articulo?codigo=73430. Acesso em: 25 ago. 2019.

[30] MORÓN, M.; BULLINGER, M. *La discrecionalidad de la administración pública: evolución, funciones, control judicial*. La Ley: *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Madri, n. 4, p. 896-911, 1987. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/ articulo?codigo=73430. Acesso em: 25 ago. 2019.

[31] DESDENTADO DAROCA, E. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 70.

uma terminologia, sendo bastante frequente tanto na doutrina como na jurisprudência, a adoção do termo discricionariedade como um supraconceito, aplicado a todas as formas de margem de liberdade.

As quatro formas de subjetividades ou autonomias públicas retromencionadas possuem expressiva importância, além de características próprias e diferenças entre si. Vejamos um breve conceito e alcance de todas.

5.1 Liberdade de conformação ou configuração

Segundo André Saddy:

> A liberdade de conformação ou de configuração seria a margem de liberdade de quem cria direitos e obrigações ou que os elucida, por meio de atos legislativos, normativo-regulamentares, editalícios, contratuais, jurisdicionais e até mesmo por tomadas de decisões administrativas que tenham o condão de se transformar em normas jurídicas, além da criação, formulação e do desenho de políticas públicas decorrentes legitimidade democrática para escolher os meios que reputar adequados e avaliar se, e em que medida, diferentes situações justificam a criação de um direito e uma de obrigação ou de uma política pública.[32]

Tal subjetividade pública também se verifica na seara administrativa não estando restrita aos decretos regulamentares e instruções normativas. A liberdade de configuração exercida nessa seara, no entanto, é realizada com menor alcance do que a liberdade de configuração do legislador. Essa espécie de subjetividade administrativa decorre explícita e diretamente no Direito, e conforme leciona Eva Desdentado Daroca, não de uma análise simples da norma, mas de uma

[32] SADDY, André. Discricionariedade e Jurisdição Constitucional/Supranacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 132.

análise de todo o ordenamento,[33] inclusive, normativas como portarias e resoluções. A autora continua ao se referir à discricionariedade do legislador, expondo que se trata da mais ampla liberdade, à medida que implica na criação de normas jurídicas gerais, por intermédio de análises políticas.[34]

5.2 Discricionariedade em sentido técnico-jurídico

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, seria a margem de liberdade que resta ao agente público para escolher um entre dois ou mais comportamentos cabíveis para o caso real, levando em conta critérios razoáveis e buscando satisfazer a finalidade legal da forma mais adequada possível, à medida que, pela inexatidão dos termos legais ou por mandamentos expressos não seja possível chegar a uma única conclusão inquestionável.[35] Quando o autor fala em "inexatidão dos termos legais" em verdade, nos parece aproximar-se mais de conceitos jurídicos indeterminados, que serão abordados posteriormente, do que propriamente discricionariedade em sentido técnico-jurídico. Essa confusão é muito verificada, conforme já salientado, porque muitos doutrinadores utilizam a discricionariedade como um supraconceito.

Já Eva Desdentado Daroca aduz que a discricionariedade pode ser entendida como um poder atribuído à Administração Pública que se traduz em uma possibilidade de escolha entre diferentes alternativas dentro do ordenamento jurídico, de forma que a Administração Pública

[33] DESDENTADO DAROCA, E. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 84.

[34] DESDENTADO DAROCA, E. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 76.

[35] BANDEIRA DE MELLO, C. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 48.

se encontra legitimada à adoção e desenvolvimento de uma determinada política de atuação.[36]

Conforme preleciona André Saddy, a discricionariedade administrativa em seu sentido técnico-jurídico seria a margem relativa de liberdade/autonomia/volição conferida pela norma jurídica à Administração Pública para a adoção ou não, entre as estipulações oferecidas alternativas ou disjuntivamente, do que melhor atende aos interesses públicos. Segundo ensina o professor, somente estaríamos diante da discricionariedade efetiva uma vez fixadas duas ou mais opções válidas, ou seja, igualmente justas e idôneas (ou legalmente indiferentes).[37]

Acerca da localização da discricionariedade nos componentes lógico-estruturais da norma jurídica, existirão casos de atribuição textual de discricionariedade, quando os próprios termos literais da norma configuram a consequência jurídica como discricional. Nesse caso não é necessário recorrer aos critérios dos componentes lógico-estruturais da norma jurídica.

No entanto, quando não ocorrer o supracitado evento, podemos localizar a discricionariedade no operador deôntico ou na preceptiva da norma. Nas normas de competência, a discricionariedade sempre estará na preceptiva. Já nas normas de conduta, a discricionariedade pode se localizar tanto no operador deôntico (no caso de normas permissivas e quando a preceptiva não compreender mais de um efeito) quanto na preceptiva (no caso de normas de imposição ou proibição na qual se necessite de mais de uma alternativa e em disjunção). Essa é a diferença muito bem fundamentada pelo referido professor entre

---

[36] DESDENTADO DAROCA, E. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 84.

[37] SADDY, André. Elementos essenciais da definição de discricionariedade administrativa. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), maio-ago. 2015. v. 7, n. 2, p. 147. Disponível em: http://revistas.unisinos.br/index.php/ RECHTD/about. Acesso em: 16 out. 2019.

discricionariedade de atuação (localizada no operador deôntico) e de eleição (localizada na preceptiva).[38]

5.3 Margem de livre apreciação dos Conceitos Jurídicos Indeterminados

Muito usualmente detectamos conceitos jurídicos indeterminados em diversos tipos de normas jurídicas. Expressões como "boa-fé", "pena adequada", "notório saber", "relevante interesse coletivo", "interesse público", "paz social", dentre outras, possibilitam a atuação do agente público, mediante livre apreciação e com uma margem de atuação que o afasta da noção técnica estrita de vinculação.

O Poder Legislativo, ao implantar um conceito indeterminado na norma jurídica, concede ao Poder Executivo a liberdade de interpretá-lo e apreciá-lo para, diante de casos concretos, aquiescê-lo à finalidade inerente da norma autorizativa, por meio da qual haverá uma tomada de decisão a partir de ponderações acerca de um resultado justo e possível. Assim, verifica-se uma liberdade interpretativa do conceito aberto e vago.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, uma das características essenciais do conceito jurídico indeterminado reside no fato de ele não se referir a uma coisa certa, mas sim a uma significação atribuída a uma coisa, estado ou situação.[39]

Antônio Francisco de Sousa argumenta que é no Direito Administrativo que tais conceitos se mostrarão mais presentes, uma vez que a Administração Pública se orienta em satisfazer as necessidades sociais. Os conceitos indeterminados se apresentariam como um instrumento para atribuição de um certo tipo de competência às

---

[38] SADDY, André. Discricionariedade e Jurisdição Constitucional/Supranacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 131.

[39] DI PIETRO, M. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 97.

autoridades administrativas para que essas possam reagir adequadamente e no tempo correto aos imponderáveis da vida administrativa.[40]

André Saddy leciona que a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados seria decorrente da zona de incerteza de um conceito jurídico, ou seja, daqueles conceitos que não se podem traçar precisamente porque não deixam ao seu intérprete a compreensão de quais significados emitem, seu objeto ou a realidade abrangida. E continua o autor: "Deixam dúvidas de duas ou mais compreensões de seu significado quando visualizados no caso concreto, por isso, entende-se que o único modo possível de visualizar se um conceito jurídico indeterminado apresenta ou não margem de livre apreciação é analisando sua estrutura (núcleo conceitual e auréola conceitual)."[41]

Dessa forma, quando há uma noção clara do conteúdo e da extensão de um conceito, estamos diante do domínio do núcleo conceitual. Já quando as incertezas aparecem, é porque estamos diante da auréola do conceito. O núcleo conceitual também é chamado de zona de certeza, que pode ser positiva ou negativa. A zona de certeza positiva é aquela na qual é pacífico que "isso pode denominar-se com esse termo" e na zona de certeza negativa "é seguro que isso não pode se denominar assim".

Ainda segundo Saddy:[42]

> A auréola do conceito é a zona intermediária, de dúvida ou de incerteza ou, dito com maior precisão, zona em que não existe uma certeza prévia e cuja determinação exige desdobrar a ideia nuclear do conceito.

---

[40] SOUSA, António Francisco. Os "Conceitos Legais Indeterminados" do Direito Administrativo Alemão. Revista de Direito Administrativo. São Paulo: FGV Editora, n. 166, p. 276-291, out./dez. 1986.

[41] SADDY, André. Discricionariedade e Jurisdição Constitucional/Supranacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 133.

[42] SADDY, André. Discricionariedade e Jurisdição Constitucional/Supranacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 133.

> Toda a dificuldade de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados estará na zona de incerteza (ou "*halo del concepto"*), pois há maior dificuldade para localizar a única solução justa. No mais, a margem de livre apreciação aqui exposta insere-se na hipótese ou previsão da norma jurídica, nos componentes lógico-estruturais dessa.

5.4 Apreciatividade

A apreciatividade é a quarta espécie de subjetividade pública. Consiste na margem de liberdade que a Administração dispõe para adotar uma eleição/decisão, normalmente rápida e rotineira, diante de situações de fato que assim exigem. Tratam-se de casos em que as garantias procedimentais praticamente não existem, tanto por se estar diante de uma hipótese de ação não deôntica ou mesmo pela imediatidade da atuação. A motivação formal prévia tampouco existe nessas hipóteses, ainda que se possa motivar ou justificar a atuação ulteriormente.

Em suma, e segundo os ditames do criador dessa jovem subjetividade, a apreciatividade administrativa "se projeta sobre fatos e critérios interpretativos, variando a intensidade de acordo com o âmbito que se exercite". [43]

Ela ocorre na tomada de decisão na qual o agente público utiliza uma operação de discernimento para aplicar a norma, usando-se de critérios e subcritérios, ponderando interesses e fatores em conflito e atribuindo pesos relativos às opções que tenha decorrentes das indeterminações do Direito, como de seu próprio conteúdo, os defeitos e imprecisões do ordenamento jurídico e, sobretudo, do exercício funcional, aludindo-se, habitualmente, a ações não deônticas, sem prévio procedimento administrativo e não tendo, essencialmente, um ato administrativo formal ao final de seu exercício.

---

[43] SADDY, André. Discricionariedade e Jurisdição Constitucional/Supranacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 133.

Contudo, sempre haverá atendimento aos interesses públicos, ainda que se afaste ou desvie da letra estrita da lei, para alcançar a finalidade e o propósito da norma jurídica, por razões comprovadas de elevada importância.[44]

Nesse contexto, conclui-se que não existe uma descaracterização do instituto da discricionariedade administrativa, o que existe é um acréscimo à ideia genérica de subjetividade ou autonomia pública. Consoante aclarou André Saddy:

> Acréscimo de um novo instituto cuja noção se depreende de duas formas: por inclusão, visto que necessariamente deve ser uma margem de liberdade/autonomia/volição; e, por exclusão, pois tudo que não seja identificado como liberdade conformadora, discricionariedade administrativa ou margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados, é apreciatividade administrativa.[45]

6. Sistemas existentes para classificação de riscos

Existem vários sistemas para classificação de riscos em uso no mundo. Entre os sistemas de "triagens" médicas mais empregados no mundo, destacam-se quatro:

a) *Emergency Severity Index* (ESI) – Desenvolvido pela agência Norte-Americana para a qualidade e pesquisa em cuidado à saúde, utilizado no país desde 1999, apresenta cinco níveis de prioridade por meio de um único fluxograma que foca na necessidade de recursos e não em estabelecer um tempo preciso para o atendimento.[46]

---

[44] SADDY, André. Discricionariedade e Jurisdição Constitucional/Supranacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 133.

[45] SADDY, André. Discricionariedade e Jurisdição Constitucional/Supranacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 414.

[46] CAMARA, Rhamaia Ferreira; PAULINO, Tayssa Suelen; PEREIRA, Fabio Claudiney da Costa *et al*. O papel do enfermeiro no processo de classificação de risco na urgência: uma

Nível 1 – emergente: avaliação médica imediata; Nível 2 – urgente: recomenda-se não mais que 10 minutos para o atendimento; Nível 3 – os sintomas relacionam-se à doença aguda e os fatores de risco não indicam risco de deterioração rápida; Nível 4 – pacientes com queixas crônicas, sem ameaça à função de órgãos vitais; Nível 5 – os pacientes apresentam-se estáveis e não necessitam de recursos.

b) *Australasian Triage Scale* (ATS) – Utilizado na Austrália, foi criado em meados dos anos 1970. Apresenta cinco categorias de prioridade com determinação de tempo para o atendimento.[47]

Categoria 1 – imediata ameaça à vida: imediato; Categoria 2 – iminente ameaça à vida: 10 minutos; Categoria 3 – potencial ameaça à vida: 30 minutos; Categoria 4 – pacientes sérios potencialmente: 60 minutos; Categoria 5 – pacientes menos urgentes: 120 minutos.

c) *Canadian Triage and Acuity Scale* (CTAS) – Foi implantada no Canadá em 1999 e é utilizado amplamente em todo o País. Apresenta cinco níveis, que correspondem a uma cor e tempo-alvo.[48]

---

revisão. Revista Humano Ser, Natal, 2015, v.1, n. 1, p. 104. Disponível em: https://periodicos. unifacex.com.br/humanoser/article/view/628. Acesso em: 31 jul. 2019.

[47] CAMARA, Rhamaia Ferreira; PAULINO, Tayssa Suelen; PEREIRA, Fabio Claudiney da Costa *et al*. O papel do enfermeiro no processo de classificação de risco na urgência: uma revisão. Revista Humano Ser, Natal, 2015, v.1, n. 1, p. 105. Disponível em: https://periodicos. unifacex.com.br/humanoser/article/view/628. Acesso em: 31 jul. 2019.

[48] CAMARA, Rhamaia Ferreira; PAULINO, Tayssa Suelen; PEREIRA, Fabio Claudiney da Costa *et al*. O papel do enfermeiro no processo de classificação de risco na urgência: uma

Nível 1 – reanimação – azul: imediato; Nível 2 – emergente – vermelho: 15 minutos; Nível 3 – urgente – amarelo: 30 minutos; Nível 4 – menos urgente ou semiurgente – verde: 60 minutos; Nível 5 – não urgente – branco: 120 minutos.

d) Sistema de Triagem de Manchester (STM) – Foi desenvolvido na cidade de Manchester, Inglaterra, em 1994, por um grupo de profissionais especializados em "triagem" médica. Utilizado nos serviços de emergência do Reino Unido, a partir de 1996, e no Brasil, a partir de 2008. Possui cinco níveis e a cada categoria é atribuída uma cor e tempo aceitável para atendimento do usuário.[49]

Nível 1 – emergente – vermelho: imediato; Nível 2 – muito urgente – laranja: 10 minutos; Nível 3 – urgente – amarelo: 60 minutos; Nível 4 – pouco urgente – verde: 120 minutos; Nível 5 – não urgente – azul: 240 minutos.

Mesmo diante desses protocolos, verifica-se que não se pretende instituir um sistema infalível, no que diz respeito a tratar e medir a saúde. Existem fatores ambientais, sintomas, histórico de enfermidades na família, tendenciosidade nas respostas, fatores pessoais e alterações no método de coleta que podem contribuir para erros de mensuração.

Cabe ao profissional da área de saúde (ao enfermeiro, como já vimos) a subjetividade para enquadrar o paciente, após uma ponderação

revisão. Revista Humano Ser, Natal, 2015, v.1, n. 1, p. 105. Disponível em: https://periodicos. unifacex.com.br/humanoser/article/view/628. Acesso em: 31 jul. 2019.

[49] CAMARA, Rhamaia Ferreira; PAULINO, Tayssa Suelen; PEREIRA, Fabio Claudiney da Costa *et al*. O papel do enfermeiro no processo de classificação de risco na urgência: uma revisão. Revista Humano Ser, Natal, 2015, v.1, n. 1, p. 105. Disponível em: https://periodicos. unifacex.com.br/humanoser/article/view/628. Acesso em: 31 jul. 2019.

de fatores e subfatores, como um caso de emergência, muita urgência, urgência, pouca urgência ou não urgência.

O Quadro 1 traz um comparativo desses quatro sistemas de "triagem" mais empregados em todo o mundo.

Quadro 1 – Comparação dos sistemas existentes para classificação de riscos

SISTEMAS/ CLASSIFICAÇÃO DE RISCOS	ESI		ATS			CTAS			STM		
	Nível	Situação do paciente	Categoria	Situação do paciente	Tempo para atendimento	Nível	Identificação por cor	Tempo para atendimento	Nível	Identificação por cor	Tempo para atendimento
EMERGÊNCIA	1	Avaliação médica imediata	1	Imediata ameaça à vida	Imediato	1	Azul	Imediato	1	Vermelho	Imediato
MUITA URGÊNCIA	2	Não mais que 10 minutos para o atendimento	2	Iminente ameaça à vida	10 minutos	2	Vermelho	15 minutos	2	Laranja	10 minutos
URGÊNCIA	3	Os sintomas relacionam-se à doença aguda e os fatores de risco não indicam risco de deterioração rápida	3	Potencial ameaça à vida	30 minutos	3	Amarelo	30 minutos	3	Amarelo	60 minutos
POUCA URGÊNCIA	4	Pacientes com queixas crônicas, sem ameaça à função de órgãos vitais	4	Pacientes sérios potencialmente	60 minutos	4	Verde	60 minutos	4	Verde	120 minutos
NÃO URGÊNCIA	5	Os pacientes apresentam-se estáveis e não necessitam de recursos	5	Pacientes menos urgentes	120 minutos	5	Branco	120 minutos	5	Azul	240 minutos

Fonte: CAMARA *et al*., 2015, p. 105 (Quadro comparativo organizados pela autora, 2019).

7. O protocolo adotado no Brasil

O protocolo amplamente utilizado em nosso país é o sistema de Triagem de Manchester. Ele contém cinco classes ou níveis. Cada classe possui um número, cor, nome e tempo-alvo máximo aceitável até o primeiro atendimento médico.[50] Conforme elucida Coutinho, a classificação de risco se dará nos seguintes níveis:[51]

- Vermelho: prioridade máxima – emergência, necessidade de atendimento imediato;
- Laranja: prioridade 1 - muito urgente, tempo- máximo aceitável: 10 minutos;
- Amarelo: prioridade 2 – urgência, tempo máximo aceitável: 60 minutos;
- Verde: prioridade 3 – pouco urgente, tempo máximo aceitável: 120 minutos;
- Azul: prioridade 4 – consultas de baixa complexidade, tempo máximo aceitável: 240 minutos.

Nas UPAs da Prefeitura do Rio de Janeiro, como a UPA da Barra da Tijuca e a UPA da Cidade de Deus (Administradas por Empresas Públicas), optou-se por uniformizar o atendimento por meio da importação e implantação do protocolo de Triagem de Manchester.

---

[50] ULBRICH, Elis Martins; MANTOVANI, Maria de Fátima; BALDUINO, Anice de Fátima *et al*. Protocolo de enfermagem em atendimento emergencial: subsídios para o acolhimento às vítimas. Cogitare Enfermagem, Curitiba, v. 15, n. 2, p. 286-292, abr.-jun. 2010. Disponível em: https://www.redalyc.org/pdf/4836/483648971015.pdf. Acesso em: 31 jul. 2019.

[51] COUTINHO, Ana Augusta Pires; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira; MOTA, Joaquim Antônio César. Classificação de risco em serviços de emergência: uma discussão da literatura sobre o Sistema de Triagem de Manchester. Revista Médica de Minas Gerais, MG, v. 22, n. 2, p. 190, 2012. Disponível em: http://rmmg.org/artigo/detalhes/101. Acesso em: 25 ago. 2019.

A partir da identificação da queixa principal do usuário pelo enfermeiro, um fluxograma específico, orientado por discriminadores e apresentado na forma de perguntas, é selecionado.

Diante da história clínica e dos sinais e sintomas apresentados, um discriminador é encontrado e o paciente é classificado em uma das cinco categorias, conforme TAB 1:

Tabela 1 – Categorias para classificação de risco

Classificação	**Identificação por cor**
Emergente	Vermelho
Muito urgente	Laranja
Urgente	Amarelo
Pouco urgente	Verde
Não urgente	Azul

Fonte: COUTINHO, 2012, p. 190
(Dados organizados em forma de tabela pela autora, 2019).

Para cada categoria existe um tempo, alvo de atendimento, que são, respectivamente, 0, 10, 60, 120 e 240 minutos.

Na "triagem" guiada pelo protocolo de Manchester, a tomada de decisão consiste em uma série de passos para se chegar a uma conclusão, conforme descrito a seguir:

> 01 - Identificação do problema;
> 02 - Coleta e análise das informações relacionadas com a solução;
> 03 - Avaliação de todas as alternativas e seleção de uma delas para implementação;
> 04 - Implementação da alternativa escolhida;

> 05 - Monitorização da implementação e avaliação dos resultados.[52]

Já nas UPAs do Estado, como a de Copacabana e Botafogo, utiliza-se um protocolo adaptado do *Manchester Triage System (MTS),* até que as instituições de saúde públicas e privadas desenvolvam e implantem seus próprios protocolos, o que está em estudo.[53] Adota-se um protocolo de classificação de risco muito semelhante, apenas excluindo a cor laranja (atendimento em 10 minutos) e deixando somente quatro cores para que o enfermeiro classifique o risco do paciente. A diretora-geral da UPA de Copacabana, Sra. Janaína de Souza, informou que os enfermeiros também utilizam o Quadro 2, a seguir apresentado, como forma de abordagem aos pacientes.

[52] SOUZA, Cristiane Chaves de. Grau de concordância de classificação de risco de usuários atendidos em um pronto socorro utilizando dois diferentes protocolos. 2019. Tese (Mestrado em Enfermagem). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/GCPA-83FKCZ. Acesso em: 04 ago. 2019.

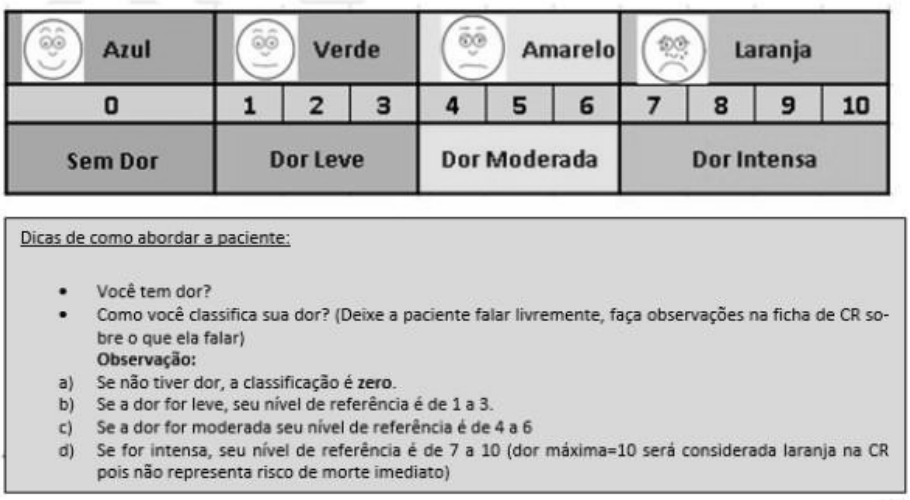
[53] BIBLIOTECA VIRTUAL DE ENFERMAGEM. Acolhimento com classificação de risco em unidade de pronto atendimento: estudo avaliativo. [s.l.], 2012. Disponível em: http://biblioteca.cofen.gov.br/acolhimento-com-classificacao-de-risco-em-unidade-de-pronto-atendimento-estudo-avaliativo/. Acesso em: 16 out. 2019.

Quadro 2 – Protocolo de classificação de risco

AVALIAÇÃO DA SEVERIDADE DA DOR

0	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
Ausência de dor, atividades normais, leve desconforto	Dor leve, não atrapalha as atividades normais. Pouca limitação			Dor moderada, causa dificuldades. Não realiza algumas atividades			Dor forte ou incapacitantes, não realiza atividades habituais, causa descontrole			

ESCALA VISUAL DA DOR



Fonte: BRASIL, Ministério da Saúde, UPA, 2019 (Adaptado de *Manchester Triage System*).

Verificou-se, ademais, que os profissionais que atuam nas unidades de emergências têm como função obter a história do paciente, fazer o exame físico, executar o tratamento, aconselhando e ensinando a fazer a manutenção da saúde.

O enfermeiro responsável pela coordenação da equipe de enfermagem também deve aliar à fundamentação teórica, a capacidade de liderança, o trabalho, o discernimento, a iniciativa, a habilidade de ensinar, a maturidade e a estabilidade emocional. Para isso, torna-se necessária a constante atualização desses profissionais, pois desenvolvem com a equipe médica e de enfermagem habilidades para

que possam atuar em situações inesperadas de forma objetiva e sincrônica nas quais estão inseridos.[54]

O enfermeiro atuante nas UPAs necessita ter conhecimento científico, prático e técnico, a fim de que possa tomar decisões rápidas e concretas, transmitindo segurança a toda a equipe e principalmente diminuindo os riscos que ameaçam a vida do paciente. Ele deve ser uma pessoa tranquila, ágil, de raciocínio rápido, de forma a adaptar-se, de imediato, a cada situação que se apresente à sua frente. Esse profissional deve estar preparado para o enfrentamento de intercorrências emergentes, necessitando para isso conhecimento científico e competência/experiência clínica.[55]

Contudo, o que se observa nas unidades de emergência é um número reduzido de profissionais que nem sempre estão preparados para atender essa grande demanda, o que pode gerar sentimentos de tensão, angústia, frustração e desgaste. Como consequência, as condições do ambiente de trabalho influenciam significativamente na saúde do trabalhador, podendo comprometer sua saúde mental e o seu desempenho profissional, em decorrência de um cotidiano estressante e exigente. É imposto ao enfermeiro aumento da carga de trabalho e maior especificidade nas suas ações na prestação de suas tarefas.[56] Trata-se de um ambiente de trabalho no qual o tempo é limitado, a demanda é enorme, são diversas as atividades e as situações clínicas dos usuários

---

[54] WEHBE, Grasiela; GALVÃO, Cristina Maria. O enfermeiro de unidade de emergência de hospital privado: algumas considerações. Revista Latino-Am. Enfermagem, Ribeirão Preto, mar. 2001, p. 86. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rlae/v9n2/11519.pdf Acesso em: 31 jul. 2019.

[55] ANDRADE, Luciene Miranda de; CAETANO, Joselany Afio; SOARES, Enedina. Percepção das enfermeiras sobre a unidade de emergência. Rev. Rene, Fortaleza, v. 1, n. 1, p. 91-97, jan./jul. 2000. Disponível em: http://www.periodicos.ufc.br/rene/article/view/5928. Acesso em: 25 ago. 2019.

[56] BATISTA, Karla de Melo; BIANCHI, Estela Regina Ferraz. Estresse do enfermeiro em uma unidade de emergência. Rev. Latino-Am. Enfermagem, São Paulo, v. 14, n. 4, p. 534-539, 2006. Disponível em: https://www.redalyc.org/pdf/2814/281421863010.pdf. Acesso em: 25 ago. 2019.

exigem que o profissional faça tudo para afastá-los de risco de morte iminente.[57]

8. Jurisprudências

Consoante observa-se, nem sempre as triagens classificatórias de risco são efetivamente realizadas por enfermeiros. Nos dois casos a seguir (que não são do estado do Rio de Janeiro) verificamos que tal procedimento foi realizado por técnicos em enfermagem, desrespeitando-se tanto a lei do exercício profissional dos enfermeiros (Lei nº 7.498/1986) quanto a Resolução nº 423/2012, do Conselho Federal de Enfermagem (COFEN):

> TJPR 9ª CÂMARA CÍVEL. AC-1606425-4. Almirante Tamandaré - Rel.: Domingos José Perfetto Unânime. Data da publicação: 20/03/2017. DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores que integram a Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso, adequando-se, de oficio, o termo a quo dos juros de mora, nos termos do voto. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO INDENIZATÓRIA DIVULGAÇÃO DE VÍDEO NO FACEBOOK, COM IMAGENS DOS **TECNICOS EM ENFERMAGEM DE UPA 24H** OFENSAS PROFERIDAS QUE MACULARAM A HONRA DOS AUTORES, IMPUTANDO AUSÊNCIA DE CUMPRIMENTO DAS ORBIGAÇÕES POR PARTE DOS PROFISSIONAIS INEXISTEÊNCIA DE FUNDAMENTO FATICO, VEZ QUE **OS TECNICOS JA HAVIAM REALIZADO A TRIAGEM DA PACIENTE QUE AGUARDAVA O ATENDIMENTO MEDICO** ABUSO DO DIREITO DE LIVRE

[57] ESTELMHSTS, Priscila; BRUSAMARELLO, Tatiana; BORILLE, Dayane *et al*. Emergências em saúde mental: prática da equipe de enfermagem durante o período de internação. Rev. Enferm. UERJ, v. 16 n. 3, p. 399-403, jul.-set. 2008. Disponível em: http://www.facenf.uerj.br/ v16n3/v16n3a17.pdf. Acesso em: 31 jul. 2019.

> MANIFESTAÇAO DO PENSAMENTO CARACTERIZADO DANO MORAL IN RE IPSA VALOR REDUZIDO, DIANTE DAS PECULIARIDADES DO CASO JUROS DE MORA MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA- ALTERAÇÃO DE OFÍCIO RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, COM ALTERAÇÃO, DE OFÍCIO, DO TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA (grifo nosso).
>
> TRT-4 RO: 00206701420155040029, 2ª Turma. Data de julgamento: 03/11/2016, RECURSO ONDINARIO DAS RECLAMANTES ACÚMULO DE FUNÇÕES. **TÉCNICO DE ENFERMAGEM. TRIAGEM E ACOLHIMENTO DE PACIENTES. O labor concomitante em atividades diversas, compatíveis com a condição pessoal das trabalhadoras e que não demandem maior conhecimento técnico ou habilitação específica**, não caracteriza a existência de labor em acúmulo de função, nos termos do disposto no parágrafo único do artigo 456 da CLT. Cabia às autoras comprovar o exercício de funções estranhas ao cargo para as quais foram contratadas, fato constitutivo de seu direito, ônus do qual não se desincumbiram. Recurso ordinário não provido (grifo nosso).

Nas demais jurisprudências colacionadas, em UPAs do Rio de Janeiro e de São Paulo, verificam-se casos os quais os pacientes não concordaram com a classificação de riscos que foi determinada pelo enfermeiro, levando os casos aos tribunais do País:

> TJRJ- APELAÇÃO 03753639220128190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 15ª VARA FAZ PÚBLICA. Data de publicação: 18/03/2015. EMENTA: AUTORA ATENDIDA EM UNIDADE DE PRONTO ATENDIMENTO (UPA). ENCAMINHAMENTO A PRONTO SOCORRO. PROCEDIMENTO DE TRIAGEM REALIZADO POR ENFERMEIRA. SINTOMAS DE TUBERCULOSE. PROCEDIMENTO PADRÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. **O**

> **procedimento realizado pela enfermeira da UPA, denominado "triagem, é comum em qualquer unidade médica, e não se trata de diagnóstico. É, na verdade, prévia avaliação do quadro clínico do paciente para direcioná-lo, conforme a gravidade e prioridade, ao tratamento adequado à cada hipótese.** 2. Caso crônico sugestivo de tuberculose que deve ser encaminhado para Pronto Socorro. 3. Preposta do Estado que agiu dentro das suas funções e no procedimento padrão para o caso. 4. Não comprovados os requisitos necessários à configuração da responsabilidade do ente público, não há que se falar em dever de indenizar. 5. Precedentes da Corte. NEGATIVA DE PROVIMENTO AO RECURSO (grifo nosso).
>
> TJSP APELAÇÃO 10044355920158260071 SÃO PAULO COMARCA DE BAURU. Data de publicação: 28/06/2017. EMENTA: APELAÇÃO - RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO - ERRO MÉDICO - Autora que almeja indenização por danos morais em virtude de ter sido ministrado indevidamente em sua genitora o medicamento Dipirona, do qual possuía alergia, o que teria ocasionado o seu óbito- Sentença de improcedência pronunciada em Primeiro Grau - Decisório que merece subsistir - **Prova dos autos que não demonstra que foi informado na triagem do atendimento recebido pela mãe da genitora no UPA Ipiranga que esta era portadora de alergia do medicamento "Dipirona" - Culpa dos agentes públicos não demonstrada** - Sentença, portanto, que merece confirmação- Recurso improvido (grifo nosso).

9. As subjetividades observadas na atuação dos enfermeiros nas UPAs

Na identificação da subjetividade é essencial observamos a estrutura da norma. Atualmente, se considera que norma engloba três elementos: "uma previsão (hipótese), que reporta às condições do

sentido de dever ser; um operador deôntico, relativo à modalidade de dever ser que a norma incorpora; e uma estatuição (consequência jurídica), elemento relativo ao campo de incidência do sentido do dever ser"[58].

Ao analisarmos os supracitados elementos da estrutura da norma, podemos verificar, no caso em comento, em qual deles existe algum tipo de autonomia, e, além disso, conjuntamente com os demais requisitos de cada espécie de subjetividades, identificar aquelas presentes na atuação do enfermeiro atuante nas triagens realizadas nas UPAs visitadas no município do Rio de Janeiro.

Assim sendo, mediante uma análise da estrutura normativa é possível identificamos em qual elemento existe uma margem de liberdade/autonomia, e, considerando ainda que as subjetividades surgem em elementos diferentes da norma, é esta mais uma forma de distinção que nos socorre na identificação das subjetividades eventualmente encontradas.

Consoante explanado no capítulo nº 2 deste trabalho, a Resolução nº 1.451/1995, do Conselho Federal de Medicina (CFM), traz a definição de urgência e emergência médica, conceitos que posteriormente foram lapidados com a edição da lei que regulamenta os planos de saúde (Lei nº 9.656/98).

Dessa forma, podemos sintetizar:

a) Emergente – risco imediato de morte ou de lesões irreparáveis para o paciente;

b) Urgente – sem risco de morte iminente, mas que, se não for tratada, pode evoluir para complicações mais graves.

É cristalino que a palavra "urgente" é um conceito jurídico indeterminado e carrega em si uma zona de incerteza ou de certeza negativa, que derivaria das expressões: "desde que não haja risco de morte iminente" e "mas que se não for tratada, pode evoluir para complicações mais graves".

---

[58] SADDY, André. Discricionariedade e Jurisdição Constitucional/Supranacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 113-114.

Conforme anteriormente aduzido, existe extrema dificuldade de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados quando estes se encontram na zona de incerteza (ou "*halo del concepto"*), pois há maior dificuldade para localizar a única solução justa.

A hipótese normativa para a questão estudada pela autora deste artigo é a seguinte:

> a) em caso de emergência (risco imediato de morte ou de lesões irreparáveis para o paciente) utilizar-se-á a cor vermelha na pulseira do paciente e o atendimento tem que ser imediato. Verificamos uma discricionariedade reduzida a zero;
> b) em casos não urgentes, ou seja, se não for tratado no dia ou mesmo durante a semana, não evoluirá para uma complicação mais grave, utilizar-se-á a cor azul na pulseira do paciente e ele será atendido em 240 minutos. Verificamos uma discricionariedade reduzida a zero;
> c) já nos casos de muita urgência, urgência e pouca urgência (conceitos jurídicos indeterminados – não há risco de morte iminente) utilizar-se-á laranja, amarelo ou verde e o atendimento ocorrerá em 10, 60 ou 120 minutos, respectivamente. A margem de livre apreciação está na hipótese como componente lógico-estrutural da norma. Verificamos uma zona de incerteza semântica do conceito jurídico de urgência.

Sempre que se tenha uma noção clara do conteúdo e da extensão de um conceito (emergente, por exemplo), estar-se-á diante do domínio do núcleo conceitual. Quando as dúvidas começam, é porque se está diante da auréola do conceito. O que seria muito urgente, urgente e pouco urgente?

A auréola do conceito é a zona intermediária, de dúvida ou de incerteza ou, dito com maior precisão, zona em que não existe uma

certeza prévia e cuja determinação exige desdobrar a ideia nuclear do conceito.

Ademais, podemos observar ainda a presença de outra espécie de subjetividade na conduta do enfermeiro que realiza a "triagem" nas UPAs do Rio de Janeiro, que seria a apreciatividade, uma vez que o profissional de enfermagem deve eleger critérios e subcritérios de interpretação, com base nos seus estudos, no relato dos pacientes (do que estão sentindo e do histórico familiar de enfermidades) além dos próprios sintomas aferidos no momento da "triagem", como pressão, temperatura, frequência cardíaca, entre outros, para tomar sua decisão e enquadrar o paciente de acordo com risco apresentado.

Dessa forma, o profissional deve sopesar e ponderar diversos fatores, para adotar uma decisão rápida e rotineira, diante dos fatos apresentados e dos conhecimentos que possui. É cristalinamente um caso de subjetividade, no qual as garantias procedimentais praticamente não existem, especialmente pela imediatidade da atuação. A motivação formal prévia tampouco existe nessas hipóteses, ainda que se possa motivar ou justificar a atuação posteriormente, tratando-se da mais nova subjetividade, nomeada pelo professor e doutor André Saddy como apreciatividade.

As demais espécies de subjetividade pública não foram percebidas especificamente no caso analisado. Até poderia ser cogitada uma discricionariedade em sentido estrito do enfermeiro, contudo, consoante já aclarado, somente estaríamos diante de tal discricionariedade efetiva se uma vez fixadas duas ou mais opções válidas, igualmente justas e idôneas, o operador pudesse optar por qualquer uma delas, o que não ocorre na hipótese das "triagens" estudadas.

Outrossim, poderia ser aventada uma possível liberdade de configuração/conformação pela adoção ou não do protocolo de Manchester pelas UPAs, ou discricionariedade em sentido estrito (de eleição) por determinado protocolo de enfermagem a ser utilizado. Mas

tais subjetividades não seriam propriamente do enfermeiro que realiza a "triagem".

Considerações finais

As Unidades de Pronto Atendimento (UPAs) foram criadas com o intuito de reduzir a superlotação dos hospitais, que não comportam equipamentos nem funcionários para atender o número excessivo de pacientes. Elas compõem juntamente com o SAMU, o nível intermediário de atenção básica à saúde.

A autora realizou uma pesquisa de campo, entrevistando enfermeiros de UPAs, de Botafogo, de Copacabana, da Cidade de Deus e da Barra da Tijuca, a fim de verificar como o processo de "triagem" era concretamente realizado. Percebeu-se um atendimento mais organizado nas UPAs da Zona Sul do município do Rio de Janeiro, ou seja, de Botafogo e de Copacabana, que funcionam de forma compartilhada com as Organizações Sociais de Saúde (como o IDAB – Instituto Diva Alves do Brasil), uma vez que os pacientes não esperavam muito tempo até terem sua situação avaliada, e o tempo para o atendimento era próximo ao estipulado.

Já no atendimento prestado nas UPAs da Barra da Tijuca e da Cidade de Deus, que são geridas por Empresas Públicas de Saúde, como a RioSaúde, por exemplo, percebeu-se uma distância muito longa entre o tempo de atendimento médico previsto e o efetivamente realizado.

O artigo abordou sobre a origem e a importância do conceito de "triagem", ou mais precisamente, classificação de riscos, como uma poderosa forma de reduzir a ineficácia nos atendimentos prestados diante do caos na saúde pública no país. Consoante foi comprovado, a classificação de riscos necessita seguir a ótica de um protocolo pré-estabelecido de acordo com o nível de complexidade do usuário, e não pela ordem de chegada dos pacientes. Ademais, o processo classificatório deve ser realizado por enfermeiro, devidamente capacitado para exercer essa função.

Durante as entrevistas, a autora percebeu que em todas as UPAs visitadas a "triagem" era realizada por enfermeiros (distintamente do que ocorre nos hospitais públicos e em UPAs de outros estados, como vislumbramos com a jurisprudência colacionada) e após diversas perguntas, percebeu-se que os profissionais determinavam a cor da pulseira que seria entregue após o relato do paciente conjugado com os sintomas aferidos e com os conhecimentos específicos dos profissionais.

Após uma ponderação dos fatores, o enfermeiro entregava a pulseira correspondente, de acordo com a suposta gravidade apresentada e explicava o tempo previsto para atendimento, o que muito frequentemente não era observado, especialmente nas UPAs da Cidade de Deus e da Barra da Tijuca, com exceção do atendimento emergente, imediato, o qual muitas vezes, em função da gravidade da situação, nem era preciso entregar uma pulseira vermelha.

Um dos objetivos do trabalho foi realizar uma análise dos atuais tipos de subjetividades públicas, a fim de demonstrar o equívoco de tratar o termo (ou gênero) discricionariedade pública como um supraconceito. Outrossim, objetivou-se ratificar a presença de uma quarta espécie de subjetividade pública, a apreciatividade.

Por fim, a autora entende por confirmada a hipótese por ela suscitada, haja vista que, efetivamente, se vislumbraram duas espécies de subjetividades públicas na atuação dos enfermeiros que realizam as triagens nas UPAs por ela visitada no município do Rio de Janeiro, a saber: margem de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados e apreciatividade.

Referências

ACOSTA, Aline Marques; DURO, Carmen Lucia Mottin; LIMA, Maria Alice Dias da Silva. Atividades do enfermeiro nos sistemas de triagem/classificação de risco nos serviços de urgência: revisão integrativa. Revista Gaúcha de Enfermagem, Porto Alegre, p. 181-190, 2012. Disponível em: https://www.lume.ufrgs.br/

bitstream/handle/10183/85379/000872948. pdf?sequence=1. Acesso em: 25 ago. 2019.

ALBINO, Rubia Maria; GROSSEMAN, Suely; RIGGENBACH, Viviane. Classificação de risco: uma necessidade inadiável em um serviço de emergência de qualidade. Arquivos Catarinenses de Medicina, [s.l.], v. 36, n. 4, p. 6, 2007. Disponível em: http://www.acm.org.br/revista/pdf/artigos/523.pdf. Acesso em: 25 ago. 2019.

ANDRADE, Luciene Miranda de; CAETANO, Joselany Afio; SOARES, Enedina. Percepção das enfermeiras sobre a unidade de emergência. Rev. Rene**,** Fortaleza, v. 1, n. 1, p. 91-97, jan./jul. 2000. Disponível em: http://www.periodicos.ufc.br/rene/article/view/5928. Acesso em: 25 ago. 2019.

BANDEIRA DE MELLO, C. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

BATISTA, Karla de Melo; BIANCHI, Estela Regina Ferraz. Estresse do enfermeiro em uma unidade de emergência. Rev. Latino-Am. Enfermagem, São Paulo, v. 14, n. 4, p. 534-539, 2006. Disponível em: https://www.redalyc.org/pdf/2814/281421863010.pdf. Acesso em: 25 ago. 2019.

BIBLIOTECA VIRTUAL DE ENFERMAGEM. Acolhimento com classificação de risco em unidade de pronto atendimento: estudo avaliativo. [s.l.], 2012. Disponível em: http://biblioteca.cofen.gov.br/acolhimento-com-classificacao-de-risco-em-unidade-de-pronto-atendimento-estudo-avaliativo/. Acesso em: 16 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 7.498, de 25 de junho de 1986. Dispõe sobre a regulamentação do exercício da enfermagem, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, ano 1986, p. 9273, 26 jun. 1986.

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. Diário Oficial da União, Brasília, DF, ano 1990, p. 18055, 20 set. 1990.

BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Diário Oficial da União, Brasília, DF, ano 1998, p. 1, 04 jun. 1998.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 342/GM/MS, de 4 de março de 2013. Redefine as diretrizes para implantação do Componente Unidade de Pronto Atendimento (UPA 24h) em conformidade com a Política Nacional de Atenção às Urgências, e dispõe sobre incentivo financeiro de investimento para novas UPA 24h (UPA Nova) e UPA 24h ampliadas (UPA Ampliada) e respectivo incentivo financeiro de custeio mensal. Brasília, DF, 2013. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt0342_04_03_2013. html. Acesso em: 25 ago. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 354/GM/MS, de 10 de março de2014. Estabelece boas práticas Organização e Funcionamento de Serviços de Urgência e Emergência. Brasília, DF, 2014. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2014/ prt0354_10_03_2014.html. Acesso em: 25 ago. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.020/GM/MS, de 13 de maio de 2009, revogada pela Portaria 1.601/2011: Define as competências e responsabilidades das UPAs. Brasília (DF): MS, 2009. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/ prt1020_29_05_2013.html. Acesso em: 25 ago. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.601, de 7 de julho de 2011. Estabelece diretrizes para a implantação do componente Unidades de Pronto Atendimento (UPA 24h) e o conjunto de serviços de urgência 24 horas da Rede de Atenção às Urgências, em conformidade com a Política Nacional de Atenção às Urgências. Brasília, DF, 2011. Disponível em: http://bvsms. saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt1601_07_07_2011_rep.html. Acesso em: 25 ago. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.600/GM/MS, de 7 de julho de 2011. Reformula a Política Nacional de Atenção às Urgências e institui a Rede de Atenção às Urgências no Sistema Único de Saúde

(SUS). Brasília, DF, 2011. Disponível em: http://bvsms.saude. gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt1600_07_07_2011.html. Acesso em: 25 ago. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.863, de 29 de setembro de 2003. Institui a Política Nacional de Atenção às Urgências, a ser implantada em todas as unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão. Brasília, DF, 2003. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2003/prt1863_26_09_2003.html. Acesso em: 25 ago. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 2048, de 5 de novembro de 2002. Aprova o Regulamento Técnico dos Sistemas Estaduais de Urgência e Emergência. Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2002/prt2048_05_11_2002. html. Acesso em: 25 ago. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 3.390/GM/MS, de 30 de abril de 2013. Institui a Política Nacional de Atenção Hospitalar (PNHOSP). Brasília. DF, 2013. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt3390_30_12_2013.html. Acesso em: 25 ago. 2019.

BRASIL. Ministério do Planejamento. Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). UPA – Unidade de Pronto Atendimento. Brasília, DF, 2007. Disponível em: http://www.pac.gov. br/infraestrutura-social-e-urbana/upa-unidade-de-pronto-atendimento. Acesso em: 31 jul. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva, Núcleo Técnico da Política Nacional de Humanização. HumanizaSUS. Acolhimento com classificação de risco: um paradigma ético no fazer em saúde. Brasília, DF, 2004. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/acolhimento.pdf. Acesso em: 25 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 9ª Câmara Cível, Almirante Tamandaré, Apelação Cível nº 1606425-4, Relator: Domingos José Perfetto, Paraná, 20 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 21ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 03753639220128190001, Relatora: Monica de Farias Sardas, Rio de Janeiro, 18 mar. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Comarca de Baurú, 1ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 10044355920158260071. Relator: Rubens Rihl, São Paulo, 28 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região), 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, Recurso Ordinário de Revista nº 00206701420155040029, Relator: Carlos Henrique Selbach, Rondônia, 03 jun. 2016.

CAMARA, Rhamaia Ferreira; PAULINO, Tayssa Suelen; PEREIRA, Fabio Claudiney da Costa *et al*. O papel do enfermeiro no processo de classificação de risco na urgência: uma revisão. Revista Humano Ser, Natal, 2015, v.1, n. 1, p. 99-114. Disponível em: https://periodicos.unifacex.com.br/humanoser/article/view/628. Acesso em: 31 jul. 2019.

CONHECIMENTOGERAL. Definição, referências, fotos e vídeos de termos e assuntos de conhecimento geral. Triagem. [s.l.], 2016. Disponível em: https://www.conhecimentogeral.inf.br/ triagem/. Acesso em: 16 out. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM. Resolução COFEN nº 358, de 2009. Dispõe sobre a Sistematização da Assistência de Enfermagem. Brasília, DF, 1991. Disponível em: http://www.cofen.gov.br/resoluo-cofen-3582009_4384.html. Acesso em: 25 ago. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM. Resolução COFEN nº 423, de 2012. Normatiza, no Âmbito do Sistema Cofen/Conselhos Regionais de Enfermagem, a Participação do Enfermeiro na Atividade de Classificação de Riscos. Brasília, DF, 1991. Disponível em: http://www.cofen.gov.br/resoluo-cofen-n-4232012_8956.htmlhttp://www.cofen.gov.br/resoluo-cofen-3582009_4384.html. Acesso em: 25 ago. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.451, de 17 de março de 1995. Estabelece estruturas para prestar atendimento nas

situações de urgência-emergência, nos Pronto Socorros Públicos e Privados. Brasília, DF, 1995. Disponível em: https:// sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1995/1451. Acesso em: 25 ago. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 2.079, de 16 de setembro de 2014. Dispõe sobre a normatização do funcionamento das Unidades de Pronto Atendimento (UPAs) 24h e congêneres, bem como do dimensionamento da equipe médica e do sistema de trabalho nessas unidades. Brasília, DF, 1995. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/ PDF/resolucao2079.pdf. Acesso em: 25 ago. 2019.

COUTINHO, Ana Augusta Pires; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira; MOTA, Joaquim Antônio César. Classificação de risco em serviços de emergência: uma discussão da literatura sobre o Sistema de Triagem de Manchester. Revista Médica de Minas Gerais, MG, v. 22, n. 2, 2012. Disponível em: http://rmmg.org/artigo/detalhes/101. Acesso em: 25 ago. 2019.

DESDENTADO DAROCA, E. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999.

DESDENTADO DAROCA, E. Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnicas (un estudio crítico de la jurisprudencia). Madri: Civitas, 1997.

DI PIETRO, M. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

ENFERMEIRO NOGUEIRA: Atendimento de Urgência em Incidentes com Múltiplas Vítimas, [s.l.], 2017. Disponível em: http://enfermeironogueira.blogspot.com/2015/07/ atendimento-de-urgencia-em-incidentes.html. Acesso em: 15 out. 2019.

ESTELMHSTS, Priscila; BRUSAMARELLO, Tatiana; BORILLE, Dayane *et al*. Emergências em saúde mental: prática da equipe de enfermagem durante o período de internação. Rev. Enferm. UERJ, v. 16

n. 3, p. 399-403, jul.-set. 2008. Disponível em: http://www.facenf.uerj.br/v16n3/v16n3a17.pdf. Acesso em: 31 jul. 2019.

LINKEDIN. 14 atividades privativas do enfermeiro: entenda também as atribuições dos auxiliares e técnicos de enfermagem neste contexto. [s.l.], 2016. Disponível em: https://www.linkedin.com/pulse/14-atividades-privativas-do-enfermeiro-entenda-tamb%C3%A9m-raquel-sakamoto. Acesso em: 16 out. 2019.

MAIA, Wander Veroni. O SUS nas redes sociais: A abordagem do Sistema Único de Saúde (SUS) na página do Facebook da Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso. Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015. Disponível em: http://repositorio.esp.mg.gov.br:8080/xmlui/handle/ 123456789/72. Acesso em: 14 out. 2019.

MORÓN, M.; BULLINGER, M. *La discrecionalidad de la administración pública: evolución, funciones, control judicial*. La Ley: *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Madri, n. 4, p. 896-911, 1987. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/ articulo?codigo=73430. Acesso em: 25 ago. 2019.

NASCIMENTO, Eliane Regina Pereira do; HILSENDEGER, Bárbara Rosso; NETH, Caroline *et al*. Acolhimento com classificação de risco: avaliação dos profissionais de enfermagem de um serviço de urgência. Revista Eletrônica de Enfermagem, [s.l.], v. 13, n. 4, p. 597-603, 2011. Disponível em: http://www.revistas.ufg.br/index.php/ fen/article/view/11812. Acesso em: 31 jul. 2019.

PINTO, Ione Carvalho; RODOLPHO, Fabiana; OLIVEIRA, Michele Mandagará de. Pronto atendimento: a percepção da equipe de enfermagem quanto ao seu trabalho no setor de recepção. Revista Gaúcha de Enfermagem, Porto Alegre, v. 25, n. 1, 2004. Disponível em: https://www.seer.ufrgs.br/RevistaGauchadeEnfermagem/article/view/4496. Acesso em: 31 jul. 2019.

REDECOLBRASIL, notícias com credibilidade. UPA – Unidade de Pronto Atendimento de Cristalina é a primeira do Entorno de Brasília. Brasília, 2008. Disponível em: https://www.redecol.com.br/2010/07/upa-unidade-de-pronto-atendimento-de.html. Acesso em: 31 jul. 2019.

SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SADDY, André. Discricionariedade e Jurisdição Constitucional/Supranacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SADDY, André. Elementos essenciais da definição de discricionariedade administrativa. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), maio-ago. 2015. v. 7, n. 2, p. 147-165. Disponível em: http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/about. Acesso em: 16 out. 2019.

SADDY, André. Intervenção direta do Estado na economia: uma análise do caput do art. 173 da Constituição Brasileira. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 269, 2015. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/57596. Acesso em: 31 jul. 2019.

SALES ZEM, Kelly Karine; MONTEZELI, Juliana Helena; PERES, Aida Maris. Acolhimento com classificação de risco: concepção de enfermeiros de um pronto socorro. Rev. Rene, Fortaleza, v. 13, n. 4, p. 899-908, 2012. Disponível em: https://www.redalyc.org/pdf/3240/324027983020.pdf. Acesso em: 31 jul. 2019.

SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE DE MINAS GERAIS (SES). Sistema Único de Saúde (SUS): Belo Horizonte, 2013. Disponível em: http://www.saude.mg.gov.br/sus. Acesso em: 31 jul. 2019.

SECRETARIA DE SAÚDE DO GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. UPA 24 horas. Rio de Janeiro, [s. d.] Disponível em: http://www.saude.rj.gov.br/atendimento/upa-24-horas. Acesso em: 15 out. 2019.

SOUSA, António Francisco. Os "Conceitos Legais Indeterminados" do Direito Administrativo Alemão. Revista de Direito Administrativo. São Paulo: FGV Editora, n. 166, p. 276-291, out./dez. 1986.

SOUZA, Cristiane Chaves de. Grau de concordância de classificação de risco de usuários atendidos em um pronto socorro utilizando dois diferentes protocolos. 2019. Tese (Mestrado em Enfermagem). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/GCPA-83FKCZ. Acesso em: 04 ago. 2019.

TELEMEDICINA MORSCH. Alto Uruguai Gaúcho, 2005. Disponível em: https://telemedicinamorsch.com.br/blog/superlotacao-nos-hospitais. Acesso em: 15 out. 2019.

ULBRICH, Elis Martins; MANTOVANI, Maria de Fátima; BALDUINO, Anice de Fátima *et al*. Protocolo de enfermagem em atendimento emergencial: subsídios para o acolhimento às vítimas. Cogitare Enfermagem, Curitiba, v. 15, n. 2, p. 286-292, abr.-jun. 2010. Disponível em: https://www.redalyc.org/pdf/4836/483648971015.pdf. Acesso em: 31 jul. 2019.

WEHBE, Grasiela; GALVÃO, Cristina Maria. O enfermeiro de unidade de emergência de hospital privado: algumas considerações. Revista Latino-Am. Enfermagem**,** Ribeirão Preto, p. 86-90, mar. 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rlae/v9n2/11519.pdf Acesso em: 31 jul. 2019.

ZANELATTO, Daiana Maggi; PAI, Daiana dal. Práticas de acolhimento no serviço de emergência: a perspectiva dos profissionais de enfermagem. Ciência, Cuidado e Saúde, [s.l.], v. 9, n. 2, p. 358-365, 23 set. 2010. Disponível em: https://pdfs.semanticscholar.org/d1c4/227d9a091c287e770692436a0216bee5ea16.pdf. Acesso em: 31 jul. 2019.

A SUBJETIVIDADE PÚBLICA NOS LIMITES DA VIDA: uma análise das escolhas médicas diante da ortotanásia e mistanásia

Rafael Bitencourt Carvalhaes
Doutorando em Direito, Instituições e Negócios UFF. Mestre em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO. Especialista em Direito Civil Constitucional pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ. Especialista em Direito Público e Privado pela UNESA/FEMPERJ.

Sumário: Introdução; 1. A morte e seus conceitos técnicos e jurídicos: eutanásia, distanásia ortotanásia e mistanásia; 1.1 Eutanásia e suas modalidades; 1.2 A distanásia como violação da dignidade do paciente; 1.3 - Da ortotanásia e sua regulamentação no direito brasileiro; 1.3.1 O problema da vinculação e constitucionalidade das resoluções do CFM; 1.4 A mistanásia enquanto fenômeno bioético e social; 2. A discricionariedade médica potencial e efetiva nos casos da ortotanásia; 3. A mistanásia e a aprecitividade administrativa na atuação médica; Conclusão; Referências

Introdução

A questão referente à subjetividade médica e o direito à vida é um tema complexo do ponto de vista da bioética, cujo tratamento da matéria no âmbito do direito constitucional e civil já possuem algumas balizas teóricas e normativas mais aprofundadas. Entretanto, no âmbito do direito administrativo a questão ainda é muito tormentosa, uma vez que as categorias normativas atualmente utilizadas no direito administrativo não dão conta do fenômeno referente às diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Desta forma, a clássica avaliação dicotômica entre atos administrativos discricionários e vinculados não dão conta de explicar o procedimento do médico público diante dos casos que envolvem a escolha entre a vida e morte de pacientes.

Com base neste problema, decidiu-se adotar a teoria das Subjetividades Públicas do Prof. André Saddy, na qual a subjetividade ou autonomia pública advém de toda atuação administrativa, caracterizando-se por uma margem de atuação do administrador em relação a suas funções e atos administrativos, que podem variar em relação ao grau de subjetividade, podendo ser divididos em: 1) vinculado; 2) conformador; 3) discricional; 4) margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados; e 5) apreciativa[1].

Minha pretensão é analisar os aspectos normativos sobre as diretivas antecipadas, destacando principalmente a ortotanásia e a mistanásia com base nas teorias das subjetividades públicas, a fim de enquadrar adequadamente a atuação dministrativa na tomada de decisão que envolve a limitação ou suspensão dos procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, sejam aquelas que derivam da vontade do paciente, bem como aquelas que derivam do caos em que se encontra a saúde pública brasileiro, demandando que cada médico decida quem vive e quem morre, diante do descaso com o financiamento e orçamento público das instituições de saúde pública no Brasil.

O objeto da pesquisa é realizar uma análise das Resoluções CFM n° 1.805/2006 e 1.995/2012, bem como o Código de Ética Médico como normas regulamentadoras da prática médica e o direito de morrer e sua influência na tomada de decisões dos médicos públicos. A metodologia utilizada no presente trabalho será exploratória e explicativa, visando explorar um tema ainda pouco abordado e descrever a atução médica nos casos que envolvem ortotanásia e mistanásia. Destaca-se, por oportuno, que o presente trabalho foca nos fenômenos da prática da Ortotanásia e Mistanásia na área médica, demonstrando a viabilidade de classificá-los enquanto atuação administrativa e avaliá-los enquanto prática jurídica. A definição do refrido objeto deve-se ao fato de existir regulamentação sobre a Ortotanásia no Brasil, oportinizando uma maior reflexão da atuação administrativa, bem como compreender a prática da Mistanásia

[1] Veja artigo, nesta obra, intitulado "Saúde pública, apreciatividade e discricionariedade na área da saúde" de André Saddy.

enquanto fenômeno social, ético e jurídico, ante a precariedade do serviço público de saúde.

Alexandre Garrido da Silva e Fernando Gama de Miranda Netto destacam que "*as teorias jurídicas contemporâneas, que são partícipes do recente movimento de reabilitação da filosofia prática, preocupar-se-iam não apenas com a descrição do fenômeno jurídico como um sistema estático formado por regras, procedimentos e princípios, mas sobretudo, com a investigação e o estudo do sistema dinâmico da argumentação jurídica, a partir da aplicação e da justificação racional de tais regras, procedimentos e princípios*". [2]

Assim, a questão que se pretende responder e avaliar são: 1) se as Resoluções CFM n° 1.805/2006 e 1.995/2012, bem como o Código de Ética Médico são normas limitadoras da subjetividade médica; 2) se em algum caso existe um certo grau de apreciatividade nos casos envolvendo ortotanásia e mistanásia; 3) se as referidas normas eliminaram a zona de incerteza e indeterminação do ato administrativo; e 4) qual a natureza do ato administrativo do médico que decide pela continuidade ou não do tratamento pelo paciente.

Assim, incialmente será realizada uma análise descritiva dos conceitos técnicos e jurídicos da Eutanásia, Distanásia, Ortotanásia e Mistanásia. Posterioremente serão aprofindados os temas envolvendo os institutos da Discricionariedade administrativa e a Apreciatividade por meio de uma análise da prática da ortotanásia e a mistanásia no âmbito médico, analisando de forma mais detida a regulamentação da matéria, os fatos sociais e jurídicos, bem como a jurisprudência sobre o tema.

1. A morte e seus conceitos técnicos e jurídicos: eutanásia, distanásia, ortotanásia e mistanásia

[2] DA SILVA, Alexandre Garrido; MIRANDA NETTO, Fernando Gama. Neoconstitucionalismo e Pós´Positivismo: Entre o Judicial Self-Restraint e o Judicial Activism. In: MIRANDA NETTO, Fernando Gama. Epistemologia e Metodologia do Direito. São Paulo: Millenium, 2011, p.240.

Incialmente, faz-se necessário definir as modalidades mais comuns de diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Neste sentido, conforme restou consignado na sentença da 14ª Vara Federa/ DF, ao citar Ernesto Lippmann:

> Considera-se eutanásia a provocação da morte de paciente terminal ou portador de doença incurável, através de ato de terceiro, praticado por sentimento de piedade. Na hipótese, existe doença, porém sem estado de degeneração que possa resultar em morte iminente, servindo a eutanásia, para, justamente, abreviar a morte, por sentimento de compaixão.
>
> Distanásia é o prolongamento artificial do estado de degenerescência. Ocorre quando o médico, frente a uma doença incurável e ou mesmo à morte iminente e inevitável do paciente, prossegue valendo-se de meios extraordinários para prolongar o estado de "mortificação" ou o caminho natural da morte.
>
> Ortotanásia significa a morte "no tempo certo", conceito derivado do grego "orthos" (regular, ordinário). Em termos práticos, considera-se ortotanásia a conduta omissiva do médico, frente a paciente com doença incurável, com prognóstico de morte iminente e inevitável ou em estado clínico irreversível.[3]

1.1 Eutanásia e suas modalidades

Cecília Lôbo Marreiro[4] destaca que a eutanásia pode ser dividida quanto ao modo de execução do agente, dividindo a eutanásia em: 1) eutanásia ativa, na qual o evento morte decorre da ação do médico, subdividindo-se em: 1.1) ativa direta, no qual o médico ministra algum

[3] LIPPMANN Ernesto. Testamento vital: o direito à dignidade. São Paulo, Matrix, 2013. Apud. BRASIL. TRF1: 14ª Vara Federal/Distrito Federal – Seção Judiciária do Distrito Federal. Juiz Roberto Luis Luchi Demo. Sentença da Ação Civil Pública, processo nº: 2007.34.00.014809-3. Disponível em: https://portal.trf1.jus.br/portaltrf1/pagina-inicial.htm (Acesso em 10 de agosto de 2019).

[4] MARREIRO, Cecília Lôbo. O Direito à Morte Digna: Uma análise ética e legal da Ortotanásia. Curituba: Apris, 2014, p. 147

tipo de medicamento para aliviar a dor do paciente; e 1.2) ativa indireta, como efeito colateral na utilização maciça de remédios com dosagem cada vez maiores. Destaca-se ainda a eutanásia passiva, que deriva da conduta omissiva do médico na realização dos procedimentos com o fim de levar a óbito o paciente.

É necessário diferenciar a eutanásia do suicídio assistido, uma vez que esta modalidade pode ser compreendida como uma assistência prestada por um profissional de saúde, familiar ou paciente, no intuito de construir as condições necessárias para morte, mas que é realizada pelo próprio paciente.[5]

Estas duas modalidades (eutanásia e suicídio assistido) não são permitidas no ordenamento jurídico brasileiro, sendo tipificadas como crime de homicídio e induzimento, instigação e auxílio a suicídio, artigos 121 e 122 do Código Penal.

1.2 A distanásia como violação da dignidade do paciente

A distanásia está conectada com a junção do paradigma científico-tecnológico com a necessidade comercial da medicina, influenciando na formação acadêmica dos médicos, acarretando na eternização de tratamentos dispensáveis cujo único objetivo seria driblar a morte, acarretando no prolongamento desnecessário do sofrimento do paciente. Cecília Lôbo Marreiro destaca que "*amparando-se sob o argumento ético-jurídico de preservar a vida humana, a obstinação terapêutica prossegue até o momento em que os recursos financeiros do enfermo se esgotam*. "[6] Note-se que não existe uma norma penal que proíba a prática da distanásia, encontrando-se tão somente regulada nas normas éticas do Conselho e na Resolução 1.931/2009:

> Capítulo I – Princípios Fundamentais
> (...)

[5] Ibidem, p. 152
[6] Ibidem, p. 156

> XXII – Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticas desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.[7]
> Relação com Pacientes e Familiares
> (...)
> Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.[8]

Debora Diniz destaca que: "*a obstinação terapêutica é resultado de um ethos irrefletido das carreiras biomédicas. Os profissionais de saúde são socializados em um ethos que, erroneamente, associa morte ao fracasso*".[9]

1.3 Da ortotanásia e sua regulamentação no direito brasileiro

A ortotanásia é o contrário da distanásia, ou seja, é a suspensão de tratamentos invasivos e que acarretam sofrimento desnecessário, a fim de que a morte do paciente ocorra de forma natural, podendo ser definida como morte sem sofrimento. Note-se que o art. 41 e seu parágrafo único dispõem que é vedado ao médico abreviar a vida de pacientes, mas que nos casos de doença incurável e terminal o médico deve oferecer todos os meios paliativos para auxiliar o paciente neste

[7] Código de Ética Médica: Resolução CFM n° 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM 2.222/2018 e 2.226/2019/ Conselho Federal de Medicina – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019

[8] Resolução CFM n° 1.931, de 24 de setembro de 2009.

[9] DINIS, Debora. Quando a Morte é um Ato de Cuidado. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.298.

período.[10] Rodrigo Róger Saldanha destaca que a "*ortotanásia pode ser considerada uma forma mais humanizada de aceitar a doença, fazendo com que o paciente siga o percurso normal da enfermidade até seu último momento, sem sofrimento, apenas tomando os devidos cuidados médicos para conter as dores até que a morte chegue de forma natural, sem prolongá-la, evitando a distanásia*".[11]

No Brasil, em virtude da falta regulamentação infralegal da matéria, coube ao Conselho Federal de Medicina editar a Resolução 1.805/2006 – CFM,[12] que definiu as bases normativas para análise e prática da morte sem sofrimento no contexto da atuação médica. Trata-se de típica atividade de conformação em virtude da distorcida liberdade deixada pelo legislador, acarretando numa liberdade de conformação *per saltum,* ou seja, entendo que para maior segurança jurídica caberia inicialmente ao legislador ordinário a elaboração de normas jurídicas primárias, deixando ao administrador a confecção de normas jurídicas

[10] Nesse sentido o art. 41 Código de Ética Médica: Resolução CFM n° 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM 2.222/2018 e 2.226/2019/ Conselho Federal de Medicina – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019

[11] SALDANHA, Rodrigo Róger. Testamento Vital - Aspectos Controversos e a Autonomia do Enfermo. Curitiba: Juruá Editora, 2017, p. 48

[12] Resolução CFM Nº 1.805/2006: Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. (...) Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal. § 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação. § 2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário. § 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica. Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar. Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

secundárias sobre os limites da vida. Não há como não destacar a insegurança jurídica que as Resoluções do CFM acarretam na relação e execução de atos administrativos. A referida resolução possui as seguintes características: 1) aplica-se às situações clínicas graves, irreversíveis e terminais, o médico pode oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis e apropriados (ortotanásia); 2) tenta regular a atuação médica versus autonomia da vontade; 3) apresentou um aumento da subjetividade médica quanto à suspensão dos procedimentos que prolonguem a vida; e 4) trouxe um problema interpretativo no que tange os conceitos indeterminados (situações clínicas graves).

1.3.1 O problema da vinculação e constitucionalidade das resoluções do CFM

O problema do grau de vinculação da resolução aos preceitos normativos primários constitucionais e legais (princípios e regras constitucionais) não foi resolvido com a edição da Resolução CMF n° 1.805/2006, uma vez que o grau de subjetividade pública no âmbito da atuação médica continuou extremamente dúctil, não se podendo ignorar o grau de abertura e indeterminação do seu texto, dificultando a análise dos limites de atuação médica. No mais, verifica-se que referida norma deixou de forma indefinida alguns elementos essenciais aos atos administrativos, como a questão do dever de observância a legalidade, legitimidade e licitude, acarretando grande celeuma no âmbito da bioética e do direito.

A fim de sanar as dubiedades da Resolução CFM n° 1.805/2006, o Conselho Regional de Medicina editou a Resolução CFM n° 1.995/2012, invadindo a liberdade de conformação do legislativo para regulamentar os limites dos direitos constitucionais à vida, em virtude da inércia legislativa, regulando a matéria em termos gerais e abstratos, tendo inegável natureza de norma jurídica primária.[13]

[13] Resolução CFM n° 1.995/2012: art. 1º. Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre

A Resolução CFM n° 1.995/2012 trouxe algumas dúvidas quanto a natureza dos atos administrativos, uma vez que a regulamentação vinculou a ação do agente público, mitigando a margem de subjetividade da Resolução 1.805/2006 – CFM, reduzindo o grau de discricionariedade da escolha apenas naquilo que contraria os padrões éticos. A margem de conformação da resolução não deixa muito espaço para escolhas públicas em termos discricionais, uma vez que a autonomia da vontade parece ser o fundamento balizador que prevalece *prima facie* ante eventual colisão com a técnica médica.[14] Cecília Lôbo Merreiro em defesa do tema destaca

---

cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade. Art. 2º. Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade. § 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico. § 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica. § 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares. § 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente. § 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente. Art. 3º. Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação

[14] Nesse sentido pode-se utilizar a máxima da proporcionalidade em sua tríplice dimensão, devendo ser decomposta em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O subprincípio da adequação preconiza que a medida deve ser apta para atingir os seus fins, ou seja, o meio deve ser útil para realizar o fim. Necessidade ou exigibilidade é a condição que a medida seja menos gravosa para atingir seus objetivos, aqueles que sacrifiquem em menor densidade os direitos fundamentais. A Proporcionalidade em sentido estrito, nada mais é do que a ponderação do custo benefício da norma avaliada, devendo existir um equilíbrio entre

que "*o reconhecimento da morte digna como direito fundamental implica em exigir, tanto do Estado quanto do médico, o dever de preservar a dignidade do paciente portador de doença terminal durante seu processo de morrer*".[15]

André Saddy destaca que nos atuação administrativos vinculados, *o grau de submissão à lei é pleno, no sentido de que seu exercício se traduz simplesmente em uma aplicação automática da norma aos fatos. Aquela define perfeitamente de forma acabada e completa as atribuições conferidas à Administração, pelo que se exclui qualquer apreciação subjetiva ou voluntarismo administrativo. A solução mais adequada aos interesses públicos é a que resulta da norma*.[16] O grande questionamento que se pode fazer é se a Resolução CFM n° 1.995/2012 possui as características necessárias para gerar vinculação ou se seria discricionária do ponto de vista legal, acarretando dúvidas quanto a sua constitucionalidade legitimidade. Segundo o autor, "*o poder normativo ou regulamentar está a prerrogativa da Administração de adotar normas gerais para complementar, precisar – e não alterar – as normas adotadas pela função legislativa e permitir sua efetiva aplicação*"[17]

Entretanto, como já destacado, a ausência de uma norma primária que regulamente os limites da vida no Brasil acarretou na liberdade de conformação por parte do Conselho Federal de Medicinal como órgão autárquico da administração pública direta que regulamenta a atividade empírica dos médicos do Brasil, inclusive na área pública.

Desta forma, as Resoluções do CFM ao que parecem encontram-se de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, extraindo

---

na tomada de decisões. Vide: ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. (Tradução Virgilio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros. 2008.

[15] MARREIRO, Cecília Lôbo. O Direito à Morte Digna: Uma análise ética e legal da Ortotanásia. Curitiba: Apris, 2014, p. 163

[16] SADDY, André. Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.42.

[17] Ibidem, p.106

sua legitimidade do art. 5º, inciso III, da Constituição, acarretando na sua inexorável constitucionalidade, bem como na sua legalidade enquanto não for edita uma lei que seja incompatível. Nesse mesmo sentido a jurisprudência no que tange a constitucionalidade das Resoluções 1.995/2012 e 1.805/2006 do CFM e a legitimidade do CFM para expedi-las:[18]

[18] Sentença da Ação Civil Pública: " Do ponto de vista constitucional, portanto, é plenamente possível e razoável sustentar-se a atipicidade (homicídio privilegiado ou omissão de socorro) da conduta médica de deixar de adotar procedimentos terapêuticos excepcionais para prolongar artificialmente o processo de morte do paciente terminal. Assim, a pecha de que a Resolução nº 1805/2006, do CFM, viola a ordem jurídica, porque descriminaliza conduta penal, já não tem lugar na presente discussão. De outra parte, mesmo que nos dispuséssemos a não fazer uma interpretação constitucional da lei penal e, assim, considerássemos criminosa a ortotanásia, ainda assim parece-nos que a citada norma não mereceria a reprovação que a inicial lhe imprimiu. É que a Resolução não trata de direito penal. Não descrimina qualquer coisa, mas apenas põe o médico a salvo de contestação ético-disciplinar, caso decida adotar procedimentos que configurem a ortotanásia. Desse modo, cai por terra o argumento, alinhavado na inicial, de que o Conselho Federal de Medicina não teria competência para normatizar o tema. Se considerarmos que a Resolução visa a conferir maior segurança e tranquilidade ao médico, em face de possíveis posteriores ameaças de ser enquadrado no Código Penal pátrio como homicida ou autor de omissão de socorro, não se poderá objetar o seu poder regulamentar, já que se trata de regramento do ato médico, dos limites do proceder médico em face dos princípios regentes da profissão (autonomia, beneficência, não-maleficência, entre outros), em prol do bem comum, da função social da Medicina e da higidez ética no trato da vida e da morte. Em resumo, na hipótese de que cuida a Resolução nº 1805/2006, o médico até poderá vir a ser responsabilizado por eventual crime cometido (que, em tese, pode ser descartado, como afirmamos, mas, em algum caso concreto, poderá ser apurado e constatado), mas é certo que estará a salvo do questionamento ético-disciplinar, porque este é o limite da "autorização" prevista na resolução impugnada. Portanto, o Conselho Federal de Medicina não exorbitou de seu poder regulamentar, certo que tem atribuição legal para expedir normas disciplinares da profissão e da conduta médica". In: BRASIL. TRF1: 14ª Vara Federal/Distrito Federal – Seção Judiciária do Distrito Federal. Juiz Roberto Luis Luchi Demo. Sentença da Ação Civil Pública, processo nº: 2007.34.00.014809-3. Disponível em: https://portal.trf1.jus.br/portaltrf1/pagina-inicial.htm (Acesso em 10 de agosto de 2019.

Todavia, dado **o vazio legislativo**, as diretivas antecipadas de vontade do paciente não encontram vedação no ordenamento jurídico. E o Conselho Federal de Medicina **não extrapolou os poderes normativos** outorgados pela Lei nº 3268/57.

A Resolução CFM nº 1995/2012 **apenas regulamenta a conduta médica perante a situação fática** de o paciente externar a sua vontade quanto aos cuidados e tratamentos médicos que deseja receber ou não, na hipótese de se encontrar sem possibilidade de exprimir sua vontade.

A resolução tem efeito apenas **na relação ético-disciplinar existente entre os Conselhos de Medicina e os médicos**, mas não tem o condão de criar direitos ou obrigações, sobretudo nas esferas cível e penal. Com efeito, uma vez respeitadas as prescrições ali dispostas, não caberá aos Conselhos & imposição de quaisquer sanções ético-disciplinares ao médico.

Mas a família e o poder público não estarão impedidos de buscar tutela judicial caso se oponham a diretivas antecipadas do paciente, nem a **responsabilização dos profissionais de saúde por eventual ilícito.** Daí porque não há que se falar em extrapolação do poder regulamentar ou regulamentação de direitos de personalidade (direito civil), condições para o exercício da profissão, saúde e seguridade social, a ser feita pela via legislativa (Congresso Nacional).

A resolução do conselho Federal de Medicina é compatível com autonomia da vontade, o princípio da dignidade humana, e a proibição de submissão de quem quer que seja a tratamento desumano e degradante (art.1º, inciso lll, & art. 5º, inciso IH, CF).

O princípio da autonomia da vontade para decidir sobre recursos terapêuticos, aliás, está ínsito no artigo 15 do Código Civil: **Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.**

Também não verifico afronta à segurança jurídica por ausência de previsão de determinadas questões colocadas na inicial. A questão relativa aos requisitos legais para que

> o paciente decidir o tipo de tratamento a seguir está disciplinada na própria lei civil. **O Código Civil trata da capacidade civil, em seus primeiros artigos, e da declaração de vontade em seu artigo 107 (A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir).**
> Tendo capacidade civil, poderá o paciente fazer declaração de vontade. **O médico não estará obrigado a seguir a declaração**, porém, se perceber que, pelo estado de saúde do paciente quando da declaração, não tinha o pleno gozo de suas capacidades cognitivas. (...)
> Tenho, assim, que a resolução não fere o disposto no artigo 226 da Constituição Federal (grifo nosso)[19]

Resolução 1995/2012 acabou fundamentando a criação do instituto do testamento vital[20] como direito existencial de promoção a personalidade e autonomia da pessoa, conforme lição de Anderson

[19] BRASIL. TRF1: Primeira Vara – Seção Judiciária de Goiás. Juiz Eduardo Pereira da Silva. Sentença da Ação Civil Pública nº 1039-86.2013.4.01.3500. Disponível em: https://portal.trf1.jus.br/ portaltrf1/pagina-inicial.htm. (Acesso em 10 de agosto de 2019).

[20] Segundo Anderson Schreiber: Denomina-se testamento biológico (ou testamento vital, tradução literal da expressão norte-americana *living will*) o instrumento por meio do qual a pessoa manifesta, antecipadamente, sua recusa a certos tratamentos médicos, com o propósito de escapar ao drama terminal vivido por pacientes incapazes de exprimir a sua vontade. Com o mesmo objetivo, alguns ordenamentos jurídicos têm admitido que a pessoa indique um mandatário para assuntos dessa natureza, por meio das chamadas *Health cave proxies* ou simplesmente "procurações de saúde". In: SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.61; Rodrigo Róger Saldanha destaca a habitualidade no direito comparado do testamento vital, pois são utilizadas nos Estados Unidos da América "*living will*", na Itália como "testamento biológico", na Espanha como "testamento vital", e na França como "*testament de vie*". Entretanto, no Brasil a resolução do CFM não determina que a manifestação deve ser por instrumento público, ou por um instrumento particular, onde o paciente manifesta sua vontade referente à submissão ou não a tratamentos médicos, procedimentos e intervenções. In: SALDANHA, Rodrigo Róger. Testamento Vital - Aspectos Controversos e a Autonomia do Enfermo. Curitiba: Juruá Editora, 2017, p. 19

Schreiber :"*a Resolução CFM 1.995/2012 atende, portanto, à melhor abordagem do tema: reconhece a validade das manifestações prévias de vontade do paciente, a prevalecer sobre "os desejos dos familiares" (art. 2°, § 3°); e impõe ao médico o dever de respeitá-las (art. 2°, caput, embora o Conselho pudesse aí ter empregado expressão mais firme que o simples "levá-las em consideração"*.[21]

Destaca-se o enunciado n° 528 do Conselho da Justiça Federal – CJF ao dispor que *"é válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado 'testamento vital', em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade"*. Neste mesmo sentido o enunciado n° 31 das Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça: *"As diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito"*.

Note-se que a Resolução rompe com o paradigma religioso de santidade do direito à vida, ampliando o espectro da dignidade da pessoa humana enquanto existência dotada de autonomia e individualidade. Debora Diniz destaca que: "*o princípio da Sacralidade da vida assegura o valor moral da existência humana e fundamenta diferentes mecanismos sociais que garantem o direito de estar vivo. Esse é um princípio Laico, também presente em diferentes códigos religiosos. Mas o princípio da sacralidade da vida não é o mesmo que o princípio da santidade da vida. Reconhecer o valor moral da existência humana não é mesmo que supor sua intocabilidade"*.[22]

---

[21] Ibidem, p.62

[22] DINIS, Debora. Quando a Morte é um Ato de Cuidado. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.296

Entretanto, conforme lições de Ronald Dworkin, não está se defendendo uma crença generalizando na qual toda vida em fase terminal não seja digna de ser vivida, mas que as concepções simbólicas sobre convicções de como viver e morrer merecem ser interpretadas em razão da escolha de vida boa, que merece ser vivida de acordo com a percepção do sujeito. Assim, "*o fato de estar ou não entre os interesses fundamentais de uma pessoa ter um final de vida de um jeito ou de outro depende de tantas outras coisas que lhe são essenciais – a forma e o caráter de sua vida, seu senso de integridade e seus interesses críticos – que não se pode esperar que uma decisão coletiva uniforme sirva a todos da mesma maneira*".[23]

Por tudo exposto até aqui, a ortotanásia encontra-se regulada pelas resoluções do CFM possuindo fundamentos doutrinários e jurisprudenciais que corroboram sua atuação no ordenamento jurídico brasileiro, sendo uma prática legalmente aceita no âmbito da atuação médica. Enquanto ato administrativo a Resolução 1995/2012 reveste-se do princípio da juridicidade,[24] compatibilizando-se com o ordenamento jurídico constitucional, legal e internacional, devendo ser analisado no próximo capítulo às características específicas das decisões no âmbito administrativo.

---

[23] DWORKIN, Ronald. Domínio da Vida. Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 301.

[24] Nesse sentido a lição de Diogo de Figueiredo: "O princípio da juridicidade, como já o denominava Adolf Merkl, em 1927, engloba, assim, três expressões distintas: o princípio da legalidade, o da legitimidade e o da moralidade, para altear-se como o mais importante dos princípios instrumentais, informando, entre muitas teorias de primacial relevância na dogmática jurídica, a das relações jurídicas, a das nulidades e a do controle da juridicidade. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. – 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.147.

1.4 A mistanásia enquanto fenômeno bioético e social

Por fim, faz-se necessário a análise do instituto da mistanásia enquanto fenômeno social que atinge diretamente a saúde pública no Brasil. O referido termo tem origem grega, *mis* = infeliz ou *mys* = rato, podendo ser interpretada como morte infeliz ou morte como rato, foi cunhado por Márcio Fabri dos Anjos no intuito de fazer uma contraposição à adjetivação da eutanásia social, significando a morte de pessoas cujas vidas não são valorizadas:

> Ao entender a eutanásia como morte suave, feliz, a primeira situação que nos ocorre para contextualizá-la é o seu contrário. Parece importante falar, então, da morte infeliz, dolorosa, que chamaríamos de mistanásia. Isto nos remete, dentro da área da biomedicina, aos pacientes terminais sofredores, seja pela convicta recusa em não interferir no processo de morte, seja pelo mau atendimento médico hospitalar. Mas nos remete também muito além da área hospitalar. E nos faz pensar na morte provocada de formas lentas e sutis por sistemas e estruturas. A mistanásia nos faz lembrar os que morreram de fome, cujo o número apontado por estatísticas é estarrecedor. Faz lembrar, de modo geral, a morte do empobrecido, amargado pelo abandono e pela falta de recursos primários.[25]

A mistanásia como destacou Luiz Antônio Lopes Ricci é causada e não natural, localizando-se no campo ético-moral da interpretação do princípio moral de evitar o mal, mobilizando ações defensivas, preventivas e afirmativas em situação de vulnerabilidade, atribuindo responsabilidade às diversas mortes injustas pela prática da mistanásia.[26]

---

[25] ANJOS, Márcio Fabri dos. Eutanásia em Chave de Libertação. Apud RICCI, Luiz Antonio Lopes. A Morte Social. Mistanásia e Bioética. São Paulo: Paulus, 2017, p.47.

[26] RICCI, Luiz Antonio Lopes. A Morte Social. Mistanásia e Bioética. São Paulo: Paulus, 2017, p. 49.

O referido conceito possui relevância no contexto do estado de coisas inconstitucionais[27] que se encontra a saúde pública no Brasil, que sentenciam diversos pacientes a morte ante a falta de recursos básicos nos hospitais. Em recente pesquisa publicada no *The Lancet* em 2018, restou demonstrado que o atendimento precário mata mais que a falta de médico, destacando que no Brasil ocorrem mais de 153.000 (cento e cinquenta e três mil) mortes por causa do atendimento médico de baixa qualidade e 51.000 (cinquenta e um mil) por falta de acesso a atendimento de saúde.[28] O próprio Tribunal de Contas da União - TCU reconheceu que a falta de equipamentos, infraestrutura e principalmente a falta de médicos e outros profissionais na atenção básica são o maior problema do SUS.[29] A mistanásia é a violação dos direitos dos usuários do sistema de saúde constantes da Portaria 1.820, de 13 de agosto de 2009, do Ministério da Saúde, principalmente no que tange ao direito ao tratamento adequado e no tempo certo para resolver o seu problema de saúde.[30]

---

[27] Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos o Estado de Coisas Inconstitucionais teve origem na Corte Constitucional da Colômbia, relacionando-se com as falhas tem origem estruturais omissivas do Estado que implicam na violação massiva e contínua de direitos fundamentais. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucionais. Salvador: Juspovm, 2016, p.96.

[28] G1: Atendimento precário mata mais do que falta de acesso a médicos, diz estudo. In: https://g1.globo.com/ ciencia-e-saude/noticia/2018/09/06/atendimento-precario-mata-mais-do-que-a-falta-de-acesso-a-medicos-diz-estudo.ghtml (Acesso em 29 de agosto de 2019). Ver também em: *Measuring performance on the Healthcare Access and Quality Index for 195 countries and territories and selected subnational locations: a systematic analysis from the Global Burden of Disease Study 2016*. DOI: https://doi.org/10.1016/S0140-6736(18)30994-2. Disponível em: https://www.thelancet.com /journals/lancet/article/ PIIS0140-6736(18)30994-2/fulltext. (Acesso em 29 de agosto de 2019)

[29] TCU aponta que falta de médicos é principal problema do SUS. Senado Notícias. In: https://www12.senado. leg.br/ noticias/materias/2017/11/08/tcu-aponta-que-falta-de-medicos-e-principal-problema-do-sus

[30] Portaria 1.820, de 13 de agosto de 2009: Art. 1º Dispor sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde nos termos da legislação vigente. Art. 2º Toda pessoa tem direito ao acesso a bens e serviços ordenados e organizados para garantia da promoção,

Evidente que a prática reiterada da mistanásia no Brasil viola os direitos fundamentais da saúde e da dignidade da pessoa humana enquanto direitos prestacionais, violando o princípio de igual consideração e respeito dos pacientes do SUS.[31] Desta forma, conforme destacado por Leonard M. Martin, o problema do Brasil não é a eutanásia ou a distanásia, mas a mistanásia enquanto fator determinante para morte de pacientes pobres e vulneráveis:

prevenção, proteção, tratamento e recuperação da saúde. § 1º O acesso será preferencialmente nos serviços de Atenção Básica integrados por centros de saúde, postos de saúde, unidades de saúde da família e unidades básicas de saúde ou similares mais próximos de sua casa. § 2º Nas situações de urgência/emergência, qualquer serviço de saúde deve receber e cuidar da pessoa bem como encaminhá-la para outro serviço no caso de necessidade. § 3º Em caso de risco de vida ou lesão grave, deverá ser assegurada a remoção do usuário, em tempo hábil e em condições seguras para um serviço de saúde com capacidade para resolver seu tipo de problema. § 4º O encaminhamento às especialidades e aos hospitais, pela Atenção Básica, será estabelecido em função da necessidade de saúde e indicação clínica, levando-se em conta a gravidade do problema a ser analisado pelas centrais de regulação. § 5º Quando houver alguma dificuldade temporária para atender as pessoas é da responsabilidade da direção e da equipe do serviço, acolher, dar informações claras e encaminhá-las sem discriminação e privilégios. Art. 3º Toda pessoa tem direito ao tratamento adequado e no tempo certo para resolver o seu problema de saúde.

[31] Ingo Wolfgang Sarlet destaca que: "Assim sendo, tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da Comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos." SARLET, Ingo. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Uma Compreensão Jurídico-Constitucional Aberta e Compatível com os Desafios da Biotecnologia. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.296

> Numa sociedade onde recursos financeiros consideráveis não conseguem garantir qualidade no atendimento, a grande e mais urgente questão ética que se levanta diante do doente pobre na fase avançada de sua enfermidade não é a eutanásia, nem a distanásia, destinos reservados para doentes que conseguem quebrar as barreiras de exclusão e tornar-se pacientes, mas, sim, a mistanásia, destino reservado para os jogados nos quartos escuros e apertados das favelas ou nos espaços mais arejados, embora não necessariamente menos poluídos, embaixo das pontes das nossas grandes cidades.[32]

Uma vez traçada as modalidades de diretivas antecipadas de vontade, faz-se necessário analisar a questão das escolhas públicas dos médicos em meio aos problemas reais que se apresentam diante dos avanços e retrocessos na área da saúde pública em termos de ato administrativo[33]. Uma vez que a atividade administrativa é indissociável da subjetividade pública inerente a cada ato específico de seus agentes, que devem primar pela segurança jurídica, interesse público e juridicidade de seus atos. Por outro lado, no que tange aos administrados,

---

[32] MARTINS, Leonar M. Eutanásia e Distanásia. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei Garrafa. (Coord.) Iniciação à bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p.175.

[33] Segundo André Saddy: "O ato administrativo deve possuir determinados elementos para ser considerado como tal. Ditos elementos são: o elemento volitivo, representado pela manifestação de vontade da Administração no exercício de sua concorrência, ou seja, no círculo definido por lei em que podem as Administrações exercer legitimamente suas atividades; o elemento finalidade, que sempre serão os interesses públicos, e que, no caso concreto, dependerá da norma jurídica; o elemento forma, que representa o meio legal (especial e formal) pelo qual o ato se exterioriza validamente, normalmente conectado a um procedimento administrativo; o elemento motivo, referente à causa que originou a prática do ato, ou seja, a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato; e, por fim, o elemento objeto, que se refere à situação jurídica criada, modificada, declarada ou extinguida concernente à pessoa, bem ou atividade sujeita à atuação do Poder Público". SADDY, André. Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014, p119

note-se que a classificação e constituição dos atos administrativos decisórios é um dever constitucional de fundamentação constante do art. 93, IX, da Constituição (CRFB), que deve ser interpretado junto com o princípio da publicidade.

Passa-se a análise das subjetividades públicas referente às escolhas médicas na aplicação da ortotanásia e da mistanásia enquanto fenômenos jurídicos administrativos, sendo que o primeiro encontra respaldo na juridicidade por meio da Resolução 1995/2012, e o segundo como ato material da administração que gera efeitos no mundo dos administrados. Nesse sentido André Saddy destaca que "*as subjetividades ou autonomias públicas implicam para a Administração a faculdade de optar, de eleger; e para o administrado, a incerteza na decisão. Sua existência supõe uma lesão ao administrado, pois não conhece de antemão as consequências jurídicas da atuação administrativa, o que implica uma insegurança, sem dúvida, indesejável*".[34]

2. A discricionariedade médica potencial e efetiva nos casos da ortotanásia

Preliminarmente, faz-se necessário destacar a lição de André Saddy no sentido de que o *"ato administrativo é um conceito empírico baseado na experiência, não é um conceito apriorístico que pode se inferir em considerações abstratas. Ato administrativo equivale a ato jurídico da Administração, o que significa que são atos que emanam de órgãos da Administração no exercício das funções administrativas. A princípio, deveriam ser considerados atos administrativos"*.[35]

Enquanto função administrativa, a escolha sobre a vida e morte de pacientes deve ser interpretada dentro da perspectiva médico-

[34] SADDY, André. Limites à tomada de decisão e controle judicial da administração pública. 2. ed.. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2018, p. 13.

[35] SADDY, André. Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014, p. 117.

administrativa. Com isso, a primeira questão que se coloca refere-se as limitações subjetivas das Resoluções CFM n° 1.805/2006 e 1.995/2012 enquanto normas administrativas. A Resolução CFM n° 1.805/2006 era uma norma bem mais ampla em termos de subjetividade médica na escolha de prosseguir ou não no tratamento de saúde dos pacientes terminais, uma vez que o art. 1º da Resolução dispõe que: "*É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal*".

Note-se que o verbo intransitivo "permitir" enquanto norma permissiva amplia a atuação discricionária, colocando ao alvedrio do médico a decisão de limitar ou suspender os tratamentos. A discricionariedade deriva da norma, uma vez que ela que confere ao Administrador a opção de executar ou não determinado ato, uma vez que a "*discricionariedade é, na sua essência, a margem de liberdade para eleger entre atuar ou não; e, elegendo, atuar, definir a conduta mais percuciente ante as circunstâncias concretas. Trata-se de margem de autonomia, de espaço de vontade de optar entre opções concedidas na norma, sopesando as ilações jurídicas, isto é, sendo essas opções de atuação ou de eleição entre consequências*".[36]

Por outro lado, a Resolução CFM n° 1.805/2006 deixou livre a interpretação dos médicos dos conceitos jurídicos indeterminados "enfermidades graves e incuráveis". Os limites da vida enquanto instituto semântico-jurídicos já possuem uma zona de incerteza muito ampla, cuja integração legislativa causa desconforto e imprecisão,[37] podendo ou não gerar uma margem de liberdade de escolha, partindo do plano abstrato potencial ao plano efetivo concreto. André Saddy destaca que "*a zona de incerteza (ou auréola conceitual), existirão conceitos*

[36] Ibidem, p.153

[37] SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

jurídicos indeterminados com diferentes sentidos, todos válidos, suscetíveis de serem decididos pelo Administrador, com uma margem de livre apreciação.[38] Verifica-se que "enfermidades graves e incuráveis" são conceitos jurídicos indeterminados de caráter técnico,[39] cabendo a função administrativa complementar o conteúdo do conceito e decidir sobre a suspensão e limitação do tratamento[40]. Uma vez colmatado o conceito caberá ao médico escolher entre limitar e suspender o tratamento com base nos elementos técnicos predispostos à área de saúde, possuindo forte natureza discricional.

Conforme já destacado no tópico anterior, a ortotanásia possui reflexos nos direitos fundamentais dos pacientes, como a dignidade e personalidade, principalmente no que tange a autonomia da vontade privada. Assim, a Resolução CFM n° 1.805/2006 não foi capaz de estabelecer um regulamento satisfatório no que tange à proteção dos direitos dos administrados, tornando a ortotanásia um ato administrativo discricionário do médico, que poderia ou não limitar ou suspender o tratamento, independente da vontade do paciente que estivesse incapacitado de expressar sua vontade, já que tal limitação não se impõe as pessoas capazes, uma vez que o art. 15 do Código Civil dispõe que:

---

[38] SADDY, André. Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014, p.241

[39] Ver diferença críticas e diferenças entre os institutos da discricionariedade técnica e margem dos livres conceitos jurídicos indeterminados de caráter técnico in: SADDY, André. Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014, p.241-253

[40] Conforme destaca Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral: "Segundo Suzana Braga, apresenta-se através das seguintes características identificadoras: a) presença de uma doença em fase avançada, progressiva e incurável; b) falta de possibilidades razoáveis de resposta ao tratamento específico; c) grande impacto emocional relacionado à presença ou possibilidade incontestável da morte; d) prognóstico de vida reduzido em dias e no máximo alguns meses". In: CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. Ortotanásia: a morte "no tempo certo" e respeito a autodeterminação do enfermo terminal. In: CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; VETIS, Zaganeli Margareth. Mistanásia: Morte Miserável. Campos dos Goytacazes: Brasil Multicultural, 2016, p.126)

"*ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica*."

Afim de corrigir o problema da amplitude da discricionariedade médica, o CFM resolver editar a Resolução CFM n° 1.995, de 31 de agosto de 2012, cujo objetivo era regular as diretivas antecipadas de vontade ou testamento vital, conforme estabelecido em seu art. 1º, como conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade, tendo como justificativas a dificuldade de comunicação do paciente em fim de vida e a receptividade dos médicos às diretivas de vontade, adotando como critério relevante o fato de que no contexto de término de vida do paciente, a falta de comunicação quanto às decisões médicas cruciais atingem 95% dos pacientes.[41]

Verifica-se que a resolução limitou a subjetividade médica no que tange ao ato administrativo de "permitir" ou não a suspensão do tratamento, dispondo que "*nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou se expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade*". Neste caso, as diretivas são um elemento limitador da ação volitiva do administrador, reduzindo a discricionariedade potencial concedida pela Resolução CFM n°1805/2006, para uma discricionariedade efetiva, que só pode ser analisada no caso concreto. André Saddy destaca que "*a discricionariedade trabalha com a tentativa de definir o resíduo de legitimidade e licitude necessário para integrar uma determinada atuação. Logo, somente haverá discricionariedade (efetiva) se todas as alternativas ou opções forem igualmente válidas, e isso somente é possível frente aos casos concretos. Se houver alternativas ou opções válidas apenas em abstrato, estar-se-á diante de uma discricionariedade*

[41] Vide justificativas da Resolução CFM n° 1.995, de 31 de agosto de 2012.

potencial, passível de não ser confirmada a posteriori pela realidade concreta"[42].

Desta forma, já não basta o preenchimento dos conceitos jurídicos indeterminados pelo operador deôntico, que agora além interpretar o conceito enfermidade grave e incurável deverá observar o elemento volitivo do paciente, podendo ser caracterizado pelo trinômio vontade, adequação e necessidade, ou seja, se a suspensão do tratamento é adequada e necessária ao caso e se o paciente possui diretivas antecipadas de vontade, bem como a garantia de tratamento paleativo. Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral destaca que a "*ortotanásia somente será implementada em face da coexistência de três requisitos que a autorizam: constatação de fase terminal de enfermidade grave e incurável; consentimento do enfermo (subsidiariamente de sua família); e adoção de cuidados paliativos (que visam aliviar as dores e angústias, promovendo bem-estar*".[43] Uma vez preenchido os três requisitos (vontade, adequação e necessidade) no caso concreto, não há mais que se falar em discricionariedade, mas em ato administrativo vinculado[44] de forma indeterminada, ou seja, uma vez que a vinculação se dá por meio de conceitos jurídicos indeterminados e técnico-normativos.

Note-se que esta é a melhor interpretação do § 2º, do art. 2º, da Resolução 1995/2012, ao dispor que "*o médico deixará de levar em*

[42] SADDY, André. Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014, p.137.

[43] CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. Ortotanásia: a morte "no tempo certo" e respeito a autodeterminação do enfermo terminal. In: CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; VETIS, Zaganeli Margareth. Mistanásia: Morte Miserável. Campos dos Goytacazes: Brasil Multicultural, 2016, p.131.

[44] Conforme André Saddy: No ato vinculado, "o grau de submissão à lei é pleno, no sentido de que seu exercício se traduz simplesmente em uma aplicação automática da norma aos fatos. Aquela define perfeitamente de forma acabada e completa as atribuições conferidas à Administração, pelo que se exclui qualquer apreciação subjetiva ou voluntarismo administrativo. A solução mais adequada aos interesses públicos é a que resulta da norma". In: SADDY, André. Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014, p.44.

consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pela ética médica". Assim, somente quando o médico analisando o caso concreto verificar que a complementação do conceito técnico-jurídico indeterminado não se enquadra nos elementos normativos pré-estabelecidos para definir um caso como grave e incurável é que se pode conceituar o ato administrativo como discricionário efetivo. Neste caso a interpretação dos conceitos indeterminados não é livre já que persiste uma baliza ontológica que só se realiza por meios dos preceitos médicos já estabelecidos.

A referida norma pretende proteger o médico de uma eventual colaboração à prática de eutanásia, limitando a vontade do paciente à discricionariedade médica efetiva. Entretanto, esta liberdade de interpretação não é livre em termos subjetivos, não prevalecendo a moral e a ética do médico em detrimento da vontade do paciente, conforme leciona Cecília Lôbo Marreiro: "*o médico que impõe suas convicções ao paciente, omitindo ou sendo inverídico quanto à terminalidade de sua doença, oferecendo-lhe, em troca, uma terapia fútil, obstinatória, estará não só explicitamente revogando a autonomia do paciente, como também anulando e coisificando-o diante de seu processo de morrer*".[45]

Os elementos integrativos da decisão administrativa devem buscar atender as questões técnicas e principiológicas do ordenamento jurídico, tendo a dignidade humana como interesse público a ser perseguido como elemento norteador do ato administrativo. André Saddy apresenta um tripé juspolítico caracterizado pelo novo constitucionalismo, a força vinculante dos princípios e o Estado de Justiça Democrático de Direito. Nesse modelo, destacando que a "*discricionariedade passa a não ser tão somente limitada pela lei, mas também pelo Direito, por valores unanimemente aceitos e por valores*

[45] MARREIRO, Cecília Lôbo. O Direito à Morte Digna: Uma análise ética e legal da Ortotanásia. Curitiba: Apris, 2014, p. 100.

morais, ou seja, pelos interesses públicos, enfim, por todos os valores consagrados pelas Constituições".[46]

Esta dimensão substantiva de discricionariedade em sentindo amplo tem por escopo tutelar de forma adequada os direitos fundamentais dos pacientes, evitando o prolongamento desnecessário e desproporcional da vida das pessoas que se encontram sob a tutela do Estado, [47] evitando que a discricionariedade se torne arbitrariedade, ultrapassando os limites do exercício da discricionariedade, em contrariedade com a juridicidade, legitimidade e licitude. Nesse sentido a lição de André Saddy: "*o exercício da função pública não pode se basear na mera vontade ou capricho de seu titular, mas sim em seus fundamentos. Não se pode aceitar a idiossincrasia. O que caracteriza a arbitrariedade não é apenas sua desconformidade com o Direito, mas, sim, também e fundamentalmente, carecer de fundamento algum, não se baseando em algum critério ou regra*".[48]

As questões morais devem ser traduzidas em termos de razão pública, evitando a utilização de argumentos que não passam pelo crivo da razoabilidade. Por exemplo, um médico privado pode se recusar a aceitar as diretivas antecipadas de um paciente por questões de objeção de consciência? Neste caso, entende-se que sim, uma vez que não se pode obrigar o profissional privado a agir em desconformidade com seus

[46] SADDY, André. Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014, p.90.

[47] Conforme lição de Ingo Wolfgang Sarlet: Com efeito, a dignidade da pessoa humana não restará suficiente respeitada ou protegida em todo lugar onde as pessoas estejam atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instruções sociais e estatais (incluindo o direito) e numa certa estabilidade de suas próprias posições jurídicas. Dito de outro modo, a plena e descontrolada disponibilização dos direitos e dos projetos de vida pessoais por parte da ordem jurídica acabaria por transformar os mesmos (e por tanto, os seus titulares e autores) em um simples instrumento da vontade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 4ªed.Porto alegre. Do Advogado, 2004, p.405

[48] Ibidem, p. 258.

dogmas religiosos ou credos pessoais. Entretanto, a mesma lógica não se aplica à Administração Pública, uma vez que a lógica do interesse público obriga que os argumentos e as motivações traduzam elementos de razão pública e juridicidade.

Não está se dizendo que as questões de moralidade interna sejam irrelevantes para definição da escolha, mas que elas devem obrigatoriamente traduzir os princípios jurídicos subjacentes à Administração Pública, principalmente no que tange a legalidade. A abertura constitucional ao campo moral não pode ser interpretada de forma individualista, sob pena de subjugar os interesses coletivos aos interesses privados. Os princípios jurídicos são um parâmetro moral que devem ser levados em consideração na escolha, mas não exclusivos, devendo-se observar as regras que regem à Administração Pública, garantindo que as escolhas públicas sigam os parâmetros democráticos e republicanos.

Desta forma, somente a moral pública, ou seja, aquela compatibilizada pela jurisprudência, juridicidade e razoabilidade é que se encontra apta a fundamentar as decisões da administração no que tange a escolha médica sobre os direitos à vida. Por outro lado, no que tange à dignidade humana, conforme lição de Ronald Dworkin "*devemos examinar uma ideia mais limitada: a de que as pessoas têm o direito de não ser vítimas da indignidade, de não ser tratados de um modo que, em sua cultura ou comunidade, se entende como demonstração de desrespeito*".[49] A proteção da dignidade deve ser interpretada de forma ampla, incluindo como violação a própria manutenção de uma vida coisificada, indigna e que não respeita sua liberdade individual como valor objetivo da própria escolha de vida a ser vivida.

Desta forma, pode-se concluir que a Resolução CFM n° 1.995/2012 é uma norma de subjetividade mista, contendo normas que estabelecem um conjunto de subjetividades públicas, que a depender do caso concreto poderão ser potenciais ou efetivas, cujo conteúdo deve

[49] DWORKIN, Ronald. Domínio da Vida. Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 301.

estar de acordo com o ordenamento jurídico constitucional, [50] infraconstitucional e matajurídico, interpretando-se os conceitos jurídicos indeterminados sob a luz do melhor interesse do paciente, evitando situações degradantes que violem o direito a uma existência digna dos pacientes em estado terminal. André Saddy destaca que "*no caso da discricionariedade, faz-se sua limitação por meio de procedimentos interpretativos até chegar às alternativas ou opções válidas, ou seja, igualmente justas e idôneas em que a escolha, que poderá ou não ser feita pelo administrador, adotará somente critérios de política administrativa ou governamental considerados como apropriados pelo administrador*".[51]

4. A mistanásia e a aprecitividade administrativa na atuação médica

Quanto à análise da subjetividade pública dos atos de mistanásia, trata-se de um problema de política pública de saúde, afetando toda estrutura da saúde pública[52], uma vez que a mistanásia é um fato

[50] Segundo Paulo Otero, "a tendência metodológica de aproximação entre a Constituição e o Direito Administrativo traduz hoje uma pacífica zona de 'condomínio' natural que o Direito Administrativo partilha com o Direito Constitucional: se existe que afirme que o direito administrativo é (ou deve ser) Direito Constitucional concretizado, pode também dizer-se que a efectividade das normas da Constituição nunca dispensa a intervenção da administração pública, assistindo-se, neste último, a uma paralela 'dependência administrativa' do Direito Constitucional." In: OTERO, Paulo. Constituição e Legalidade Administrativa: a revolução dogmática do Direito Administrativo. In: TAVARES, André Ramos et al. (orgs.). *Constituição Federal 15 anos*. Mutação e Evolução. São Paulo: Método, 2003, p. 147-149.

[51] SADDY, André. Limites à tomada de decisão e controle judicial da administração pública. – 2. ed.. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2018, p.22.

[52] O Conselheiro do CFM Donizetti Dimer Giamberardino Filho destaca que, "Conforme recente análise do CFM, estima-se que cerca de 900 mil procedimentos cirúrgicos aguardam a sua realização, já com diagnóstico e indicação médica. São números impressionantes, que representam aproximadamente a metade de todo o volume de cirurgias na rede pública em 2016.O estudo constatou pelo menos 750 solicitações de cirurgias eletivas ainda pendentes na lista de regulação dos estados e capitais há mais

administrativo que simplesmente ocorre nos hospitais públicos, muitas vezes sem a atuação direta do agente, e que se faz presente na realidade dos brasileiros, violando o mínimo existencial em detrimento do princípio da reserva do possível, não podendo ser imputados aos médicos a atual crise. Diante do atual estado de coisas inconstitucionais, é possível classificar as escolhas dos médicos públicos como um verdadeiro ato de apreciatividade administrativa, em virtude da margem de liberdade do agente público, conforme lição de André Saddy:

> Na apreciatividade, não há ato administrativo formal, ao menos não há a princípio. Isso sugere que qualquer margem de liberdade transposta em ato administrativo precisará respeitar outros limites que não existem nas tomadas de decisão que não sejam transpostas em atos. A apreciatividade administrativa, por suas características, não terá etapas tão bem-definidas, buscará enfatizar que existe uma considerável regularidade nos resultados das decisões, podendo, muitas vezes, predeterminar as opções que deveriam ser tomadas, sendo a grande maioria das decisões previsíveis.[53]

Todos atos administrativos possuem algum grau de apreciatividade, variando sua intensidade de acordo com os pressupostos, as ideologias, as normas sociais, leis, códigos, regulamentos. Ao contrário da discricionariedade que pode ser limitada

---

de 10 anos. Vale salientar que estes resultados têm como fonte informações oficiais de 16 estados e 10 capitais, e são lamentáveis as negativas de resposta por gestores, o que contribui para a falta de transparência da dimensão deste grave problema na saúde pública do País. A dificuldade de acesso do cidadão ao sistema público de saúde se inicia na porta de entrada do SUS, com a dificuldade de agendamento; prossegue no acesso às especialidades médicas; e, por fim, após o diagnóstico e sua indicação de tratamento, culmina na lista de espera, que pode persistir por anos". Disponível em: O Sistema Único de Saúde e as filas de espera para cirurgias eletivas.In:http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com _ contente &view =article&id (Acesso em 20 de agosto de 2010)

[53] Ibidem, p.18.

aos princípios e as regras, a apreciatividade predominantemente utiliza as normas sociais e de comportamento.[54] A apreciatividade decorre da obrigação do Administrador de decidir determinados casos, sob pena de violação os direitos fundamentais dos administrados. No caso dos médicos públicos que atuam na linha de frente, a classificação dos atos administrativos e o procedimento racional de escolha é muito mais difícil ante os problemas de precariedade e escassez de recurso.

Flávia R. Machado destaca que o Conselho Federal de Medicina relatou que as pessoas cobertas apenas pelo sistema público têm acesso a 9,9 leitos de UTI por 100.000 habitantes enquanto que aqueles com seguro de saúde privado pode contar com 41,4 camas por 100.000 habitantes, destacando a rotina cruel dos médicos que atendem em unidades de terapia intensiva, que devem decidir quais pacientes serão submetidos à cirurgia, admitidos na emergência, destacando que alguns pacientes morrem sem cuidados intensivos imediatos para sustentar suas vidas. Segundo a autora, os médicos enfrentam um dilema moral, tratar todos os pacientes de forma isonômica, fornecendo a cada paciente com o que ele ou ela precisa, ou fornecer o tratamento somente a alguns pacientes.[55]

O dilema enfrentado pela autora possui reflexos no mundo jurídico, uma vez que a saúde é um direito fundamental prestacional, conforme artigos 6º e 196 da Constituição, e artigos 2º e 3º da Lei 8.080/90, podendo ser judicializados, refletindo diretamente na Administração Pública, que pode eventualmente ser responsabilizada no âmbito cível, penal e administrativo. As escolhas médicas no que tange à alocação de recursos também não escapam a eventual controle interno e externo, por meio de sindicância administrativa, ações penais e punições éticas[56]. Por isso, a análise das escolhas médicas em caso de

---

[54] Ibidem, p. 32.

[55] MACHADO, Flávia R. *All in a day's work - Equity vs. Equality at a public ICU in Brazi*l. N Engl J Med. 2016;375(25):2420-1

[56] Flávio R. Machado destaca que Médicos intensivistas são constantemente ameaçados de prisão por descumprimento de decisões judiciais, mesmo quando não há leitos de

mistanásia é relevante do ponto de vista administrativo, uma vez que "*aqueles que tomam decisões possuem personalidades distintas, o que lhes leva a desenvolverem suas próprias regras e normas, e que nenhuma imposição imperativa superior pode trocar. Essas normas criadas no íntimo de cada pessoa são, normalmente, seguidas em seu dia a dia, autolimitando a apreciatividade de si mesmo em decisões futuras*".[57]

André Saddy destaca que os atos apreciativos devem observar a legalidade, legitimidade e licitude[58], não se admitindo que um médico sob a desculpa de não possuir leito ou determinado medicamente negue atendimento a um paciente que esteja em risco de morte, destacando que os padrões decisórios também devem observar os direitos humanos, o mínimo existencial, a reserva do possível, como garantias de uma vida digna. Entretanto, quando se tem uma violação maciça de direitos humanos por parte da estrutura hierárquica superior da Administração Pública, a escolha administrativa já se encontra violada do ponto de vista ético, moral e jurídico, restando ao médico tão somente uma pequena margem residual de apreciação dos fatos, implicando muitas vezes na redução do campo da racionalidade prática aos casos de urgência.

A prática médica administrativa acaba se amoldando ás situações de crise, adaptando-se ao contingenciamento e a escassez, gerando padrões de conduta médica que se repetem dia a dia nas UTI. Flávia R. Machado demonstra este dilema num relato sobre escolha da vaga de um leito na unidade de terapia intensiva (UTI) após um procedimento cirúrgico eletivo:

UTI disponíveis. Tal litígio resultou em uma inversão de funções: deve ser de responsabilidade do governo, não a dos médicos, assegurar que cada pessoa receba um leito de UTI quando necessário. In: MACHADO, Flávia R. *All in a day's work - Equity vs. Equality at a public ICU in Brazil*. N Engl J Med. 2016;375(25):2420-1)

[57] SADDY, André. Limites à tomada de decisão e controle judicial da administração pública. 2. ed.. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2018, p.35

[58] Ibidem, p.58

> Uma avó de 55 anos com câncer de cólon? Um homem idoso com metástases hepáticas? Uma jovem que sofre de dor e precisa de uma artrodese (anquilose artificial) para continuar trabalhando para poder continuar alimentando sua família? Devemos escolher ou negar os pacientes porque eles têm câncer? Devemos escolher com base na idade? Sobre a qualidade anterior dos pacientes vida? Ou no impacto social, se, por exemplo, um paciente tiver quatro filhos para criar? Devemos dar a cama a um paciente a quem temos já teve que recusar uma vez? Ou deveríamos parar de brincar de Deus e dar a quem pediu primeiro?[59] (Tradução nossa)

A apreciatividade como prática administrativa acaba possuindo um caráter normativo restrito, que não possui força cogente. No entanto, enquanto práxis administrativa, as escolhas médicas reiteradas acarretam uma coação psíquica que influencia nos padrões normativos dos agentes,[60] variando de acordo com os *imputs* e *outputs*, que podem ser positivos ou negativos. A análise da apreciatividade neste caso ocorre por meio de indícios e circunstâncias das eventuais distorções e má conduta no campo normativo, comandos e políticas públicas aplicáveis, estabelecimento das competências, diante do complexo fático vigente no momento, apreciando os fatos existentes e a qualificação jurídica.[61]

---

[59] MACHADO, Flávia R. *All in a day's work - Equity vs. Equality at a public ICU in Brazil*. N Engl J Med. 2016;375(25):2420-1. Disponível em https://www.nejm.org/doi/10.1056/NEJMp1610059. (Acesso em 15 de setembro de 2019)

[60] André Saddy destaca que, as práxis, práticas ou usos administrativos possuem certo caráter normativo, surgindo como regras de conduta devidas. Mas são desprovidos de força obrigatória própria, toda vez que não possuem opnio juris vel necessitatis, razão pela qual não assumem a natureza de normas consuetudinárias; apenas encontram a força motivadora de seu cumprimento em certa "coacção psíquica" derivada da tradição e da inserção no grupo. In: SADDY, André. Limites à tomada de decisão e controle judicial da administração pública. 2. ed.. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2018, p.80

[61] Ibidem, p.239.

Assim, para fins do presente artigo, decidi dividir a apreciatividade médica nos casos que envolvem a mistanásia em: 1) escolha razoáveis – aquelas que possuem os elementos fáticos, metajurídicos e jurídicos relevantes, podendo ser verificada por meio do trinômio: ética, viabilidade médica e racionalidade dos meios; 2) escolhas trágicas - aquelas que só possuem dois elementos de avaliação relevantes, podendo ser verificada pelo binômio: ética e viabilidade, mas que são prejudicadas em virtude da falta de recursos, acarretando na escolha um paciente em detrimento de outro; e 3) escolhas viciadas (não escolhas) - são aquelas que só possuem o elemento de avaliação ético (moral), no qual os médicos tomam medidas paliativas, mas que faticamente não influenciam na efetividade do ato, uma vez que a redução dos elementos de avaliação acarretam num determinismo fatal para os pacientes, que inevitavelmente virão a falecer pela ausência de viabilidade e meios.

Demonstrar-se-á este processo de escolha pelo exemplo de Flávia R. Machado:

> Em um dia recente, fui convidada a aprovar um procedimento de oxigenação por membrana extracorpórea (ECMO), que não é um procedimento típico para nossa unidade. Paciente do sexo feminino, 32 anos, com insuficiência respiratória refratária por pneumonia adquirida na comunidade; devemos colocá-la na ECMO? Ela preencheu os critérios clínicos; a literatura oferece evidência dos benefícios do procedimento. Ela não deveria receber tratamento que pudesse salvar sua vida e que certamente iria receber em qualquer um dos melhores hospitais privados do Brasil? Por que seu status social influencia o direito de receber tratamento adequado? Os hospitais públicos de referência no Brasil não podem fornecer ECMO?
> (...)
> Tomei a decisão correta sobre a ECMO? O paciente foi colocado na ECMO, conforme solicitado. . . e morreu menos de 24 horas depois. Foi uma decisão emocional, não

> racional, e foi a decisão errada. Como médicos, fomos ensinados a proteger a vida. Como administradores, precisamos considerar a melhor maneira de proteger o maior número de vidas possível.[62] (Tradução nossa)

A escolha da médica pode ser classificada como trágica, já que o procedimento foi escolhido pela ética e pela viabilidade médica, mas não possuía o elemento racionalidade dos meios. As escolhas trágicas não são erradas do ponto de vista da juridicidade, mas suas consequências podem influenciar no conjunto de decisões posteriores. Neste caso, se a administração possuísse a racionalidade dos meios necessários, a escolha médica seria racional, possuindo todos os elementos (ético, viabilidade médica e racionalidade dos meios).

Já a escolha viciada é o caso por exemplo do paciente com tumor no estômago que morreu aguardando na fila para cirurgia no Inca[63]. No caso, o paciente foi vítima do déficit crônico de agentes, falta de médicos, auxiliares e leitos cirúrgicos, que acabam viciando as escolhas médicas. Se um médico remarca uma cirurgia de um paciente em risco de vida por questões de ausência de viabilidade e racionalidade de meios, mantendo um tratamento quimioterápico ineficaz, não há que se falar em escolha racional ou trágica, já que o médico está tomando decisões que tecnicamente violam tanto a viabilidade do tratamento quanto o uso a racionalidade dos meios, mantendo a quimioterapia por questões éticas e paliativas. Neste caso, a decisão não é justificável do ponto de vista jurídico-administrativo, ante a violação do direito ao tratamento adequado, mas como os elementos racionais do operador deôntico são

---

[62] MACHADO, Flávia R. *All in a day's work - Equity vs. Equality at a public ICU in Brazil*. N Engl J Med. 2016;375(25):2420-1. Disponível em https://www.nejm.org/doi/10.1056/NEJMp1610059. (Acesso em 15 de setembro de 2019)

[63] O GLOBO: Paciente com tumor no estômago morre aguardando em fila para cirurgia no Inca. Disponível em: https://oglobo.globo.com/rio/paciente-com-tumor-no-estomago-morre-aguardando-em-fila-para-cirurgia-no-inca -13665818. (Acesso em 20 de agosto de 2019)

praticamente eliminados em virtude da ausência de meios, torna-se inexigível qualquer responsabilidade do corpo médico, mas tão somente do Estado provedor que falhou a garantir uma prestação digna do direito fundamental.

Guilherme da Gama Lacerda e Leandro Silva Costa enfatizam que a mistanásia é uma prática nociva e violadora dos direitos fundamentais dos administrados, afetando os princípios do direito administrativo como probidade, moralidade, eficiência e continuidade do serviço público, além de violarem em sua dupla dimensão o direito a uma saúde qualidade e a garantia do mínimo existencial para uma vida digna.[64]

Desta forma, restou claro que a mistanásia decorre de uma escolha de natureza administrativa, não havendo que se confundir com a discricionariedade, uma vez que não existe determinação legal que disponha sobre a omissão de tratamento médico ou determinações que neguem os direitos fundamentais prestacionais. A mistanásia é um fato administrativo que decorre das escolhas trágicas e viciadas, que está intrinsecamente conectada com a falta de recursos e meios para um atendimento efetivo e eficiente. Já as escolhas racionais não podem ser consideradas como mistanásia, uma vez que o médico consegue avaliar de forma ética a viabilidade e os meios para o melhor atendimento, mesmo que eventualmente o paciente não sobreviva ao tratamento. Note-se que a alocação de recursos necessários em homenagem ao princípio da economicidade não viola por si só o direito fundamental à saúde, devendo ser verificado se aquele tratamento oferecido era efetivo e eficiente, independentemente da existência de outros tratamentos mais

[64] LACERDA, Guilherme da Gama; COSTA, Leandro Silva Costa. Princípios e direitos do cidadão violados pela prática da mistanásia. In: CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; VETIS, Zaganeli Margareth. Mistanásia: Morte Miserável. Campos dos Goytacazes: Brasil Multicultural, 2016, p.238.

dispendiosos, existindo boas razões para garantir a universalidade do atendimento e a melhor divisão de recursos para os outros pacientes.[65]

Conclusão

Por todo o exposto, podemos concluir que as Resoluções CFM n° 1.805/2006 e 1.995/2012, bem como o Código de Ética Médico são normas limitadoras da subjetividade médica, que se encontram em conformidade com os princípios da juridicidade, legitimidade e competência. Desta forma, o CFM possui liberdade de conformação para regulamentar questões envolvendo as práticas médicas e os limites da vida. Note-se que as referidas resoluções mitigaram a zona de incerteza no que tange a prática médica e os direitos dos pacientes, demandando uma justificação racional das escolhas do ponto de vista técnico e ético.

Demonstrou-se que a Resolução CFM n° 1.805/2006 possui natureza discricionária, uma vez que garante ao médico uma subjetividade na interpretação dos conceitos indeterminados, limitadas somente por questões técnicas e éticas médicas. Por outro lado, a Resolução CFM n° 1.995/2012 possui uma natureza de subjetividade mista, contendo normas que estabelecem um conjunto de subjetividades públicas vinculadas e discricionárias, que a depender do caso concreto poderão ser potenciais ou efetivas, demandando a verificação do trinômio vontade, adequação e necessidade. Destaca-se que a Resolução CFM n° 1.995/2012 está em consonância com o princípio da dignidade

[65] André Saddy destaca que, "ao justificar sua decisão (logicamente; não cronologicamente), essa requer motivação mediante argumentos que poderão ser qualquer um, desde que se demonstre que a decisão adotada estava fundamentada em boas razões. A motivação torna-se, assim, algo a mais que o *iter* decisório, pois aquele que toma a decisão pode se utilizar de argumentos não empregados ao decidir; ou algo menor que o *iter* decisório, pois, talvez, não contenha todos os fatores que influenciaram na decisão; e, de qualquer forma, algo distinto do *iter* decisório, pois a função fundamental é a justificativa e não a heurística. In: SADDY, André. Limites à tomada de decisão e controle judicial da administração pública. 2. ed.. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2018, p.222

da pessoa humana, no seu espectro vedação a indignidade, promovendo a autonomia da vontade como direito fundamental.

Por fim, apresentamos o instituto da mistanásia como morte miserável, aquela oriunda do estado de coisas inconstitucionais do direito fundamental à saúde no Brasil, acarretando a morte de milhares de pacientes pela total falta de recursos, violando o mínimo existencial e o direito fundamental à saúde. Destacou-se que as escolhas médicas nestes casos são de natureza apreciativa como base no trinômio: ética, viabilidade médica e racionalidade dos meios; podendo ser divididas em escolhas racionais, trágicas e viciadas, determinando que a mistanásia é oriunda das escolhas trágicas e viciadas, na qual necessariamente há uma violação de algum direito dos administrados.

As questões aqui trabalhadas devem ser interpretadas como um ponto de partida para uma análise jurídico dos atos administrativos que envolvem os operadores da ponta da linha, que muitas vezes não dispõem de todas as variáveis possível para decidir de forma mais racional, demandando tão somente a melhor decisão "possível", diante das variáveis de pressão e circunstancias adversas. André Saddy destaca que "*uma decisão apreciativa somente será legal se a medida for necessária diante da situação de fato e das informações conhecidas pelo agente público no momento no qual a mesma foi adotada. Muitas vezes, quando se encontra ante circunstâncias de fato e de direito nas quais exista um perigo grave e iminente que exija a intervenção urgente, sem possibilidade de postergação, não cometerá o agente nenhuma ilegalidade ao tomar as decisões que pareçam necessárias diante das informações que dispunha no momento*".[66]

Desta forma, no que tange as escolhas subjetivas dos agentes públicos, o legislador acertou ao reformar o no Art. 22 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, dispondo que: "*na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas*

[66] SADDY, André. Limites à tomada de decisão e controle judicial da administração pública. 2. ed.. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2018, p.254

públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados". Tal norma vem a adequar a práxis administrativa à realidade pública administrativa, cuja realidade está em total dissonância com a determinação de efetividade e realização dos direitos sociais, principalmente aqueles que se referem à saúde. Entretanto, estas normas não podem se tornar uma panaceia para os problemas financeiros e orçamentários do Estado, sob pena de um verdadeiro retrocesso e violação maciça de direitos sociais prestacionais, que se tornariam irrealizáveis diante do atual contingenciamento público.

Referências

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. (Tradução Virgilio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros. 2008.

BRASIL. Código de Ética Médica: Resolução CFM n° 2.217, de 27 de Setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM 2.222/2018 e 2.226/2019/ Conselho Federal de Medicina – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019.

BRASIL. TRF1: 14ª Vara Federal/Distrito Federal – Seção Judiciária do Distrito Federal. Juiz Roberto Luis Luchi Demo. Sentença da Ação Civil Pública, processo nº: 2007.34.00.014809-3. Disponível em: https://portal.trf1.jus.br/portaltrf1/pagina-inicial.htm (Acesso em 10 de agosto de 2019).

BRASIL. TRF1: Primeira Vara – Seção Judiciária de Goiás. Juiz Eduardo Pereira da Silva. Sentença da Ação Civil Pública, processo nº 1039-86.2013.4.01.3500. Disponível em: https://portal.trf1.jus.br/portaltrf1/pagina-inicial.htm. (Acesso em 10 de agosto de 2019).

BRASIL. Resolução 1.806, do Conselho Federal de Medicina, de 26 de novembro de 2006.

BRASIL. Resolução 1.995, do Conselho Federal de Medicina, de 31 de agosto de 2012.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucionais. Salvador: Juspovm, 2016.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. Ortotanásia: a morte "no tempo certo" e respeito a autodeterminação do enfermo terminal. In: CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; VETIS, Zaganeli Margareth. Mistanásia: Morte Miserável. Campos dos Goytacazes: Brasil Multicultural, 2016.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; VETIS, Zaganeli Margareth. (Org.) Mistanásia: Morte Miserável. Campos dos Goytacazes: Brasil Multicultural, 2016.

DA SILVA, Alexandre Garrido; MIRANDA NETTO, Fernando Gama. Neoconstitucionalismo e Pós´Positivismo: Entre o Judicial Self-Restraint e o Judicial Activism. In: MIRANDA NETTO, Fernando Gama. Epistemolegia e Metodologia do Direito. São Paulo: Millenium, 2011

DINIS, Debora. Quando a Morte é um Ato de Cuidado. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DWORKIN, Ronald. Domínio da Vida. Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MACHADO, Flávia R. *All in a day's work - Equity vs. Equality at a public ICU in Brazil*. N Engl J Med. 2016;375(25):2420-1.. Disponível em https://www.nejm.org/doi/10.1056 /NEJMp1610059. (Acesso em 15 de setembro de 2019)

MARREIRO, Cecília Lôbo. O Direito à Morte Digna: Uma análise ética e legal da Ortotanásia. Curituba: Apris, 2014.

MARTINS, Leonar M. Eutanásia e Distanásia. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei Garrafa. (Coord.) Iniciação à bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LACERDA, Guilherme da Gama; COSTA, Leandro Silva Costa. Princípios e direitos do cidadão violados pela prática da mistanásia. In: CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; VETIS, Zaganeli Margareth. Mistanásia: Morte Miserável. Campos dos Goytacazes: Brasil Multicultural, 2016.

OTERO, Paulo. Constituição e Legalidade Administrativa: a revolução dogmática do Direito Administrativo. In: TAVARES, André Tamos et al. (orgs.). Constituição Federal 15 anos. Mutação e Evolução. São Paulo: Método, 2003.

RICCI, Luiz Antonio Lopes. A Morte Social. Mistanásia e Bioética. São Paulo: Paulus, 2017.

SALDANHA, Rodrigo Róger. Testamento Vital - Aspectos Controversos e a Autonomia do Enfermo. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SADDY, André. Limites à tomada de decisão e controle judicial da administração pública. 2. ed.. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2018.

SADDY, André. Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Uma Compreensão Jurídico-Constitucional Aberta e Compatível com os Desafios da Biotecnologia**.** In:SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 4ªed.Porto alegre. Do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Org.). Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Referência de homepage

1. G1: Atendimento precário mata mais do que falta de acesso a médicos, diz estudo. Disponível em: https://g1.globo.com/ ciencia-e-saude/noticia/2018/09/06/atendimento-precario-mata-mais-do-que-a-falta-de-acesso-a-medicos-diz-estudo.ghtml. (Acesso em 29 de agosto de 2019).
2. THE LANCET: *Measuring performance on the Healthcare Access and Quality Index for 195 countries and territories and selected subnational locations: a systematic analysis from the Global Burden of Disease Study* 2016. DOI: https://doi.org/10.1016/S0140-6736(18)30994-2. Disponível em: https://www.thelancet. com /journals/lancet/article/ PIIS0140-6736(18)30994-2/fulltext. (Acesso em 29 de agosto de 2019).
3. O Sistema Único de Saúde e as filas de espera para cirurgias eletivas. Disponível em: http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id. (Acesso em 20 de agosto de 2019).
4. O GLOBO: Paciente com tumor no estômago morre aguardando em fila para cirurgia no Inca. Disponível em: https://oglobo.globo.com/rio/paciente-com-tumor-no-estomago-morre-aguardando-em-fila -para-cirurgia-no-inca -13665818. (Acesso em 20 de agosto de 2019).
5. SENADO: TCU aponta que falta de médicos é principal problema do SUS. Senado Notícias. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/11/08/tcu-aponta-que-falta-de-medicos-e-principal-problema-do-sus. (Acesso em 29 de agosto de 2019).

SUBJETIVIDADE DO MÉDICO-PERITO PREVIDENCIÁRIO

Juliano de Oliveira Pinto

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Pós-graduado em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor, pela Universidade Estácio de Sá. MBA em Gestão da Administração Pública, pela Universidade Estácio de Sá. Professor da Cadeira de Direito Administrativo da Academia Militar das Agulhas Negras (AMAN)

Sumário: Introdução. 1. Perícia Médica. 1.1 Perícia médica previdenciária. 2. Médico-Perito. 2.1 Médico-perito previdenciário. 3. Subjetividades do médico-perito previdenciário. 3.1 Modalidades de subjetividade ou autonomia do médico-perito previdenciário. 3.1.1 Liberdade de conformação ou configuração. 3.1.2 Discricionariedade administrativa. 3.1.3 Margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados. 3.1.4 Apreciatividade administrativa. Conclusões. Referências.

Introdução

A atuação do médico-perito previdenciário inspira curiosidade, haja vista sua responsabilidade na emissão de laudo médico que embasará a concessão de benefícios previdenciários.

Desta forma, são diversas as situações em que o médico atua como perito, entre elas, pode-se destacar a perícia prevista no Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e o auxílio técnico em processo judicial (médico perito judicial). Além dessas, o médico-perito também atua em outras áreas, como a administrativa, medicina legal, securitária e na auditoria em planos de saúde.[1]

[1] NAKANO, S.M.S.; FILHO, S.R.; SANTOS, I.C. Perícia Médica. In: BRAGA, B.E. et al. (Coord.) Perícia Médica. Conselho Regional de Medicina do Estado de Goiás. Brasília: Gráfica e Editora Ideal Ltda 2012, p 33.

Na perícia previdenciária, o médico realiza o processo de avaliação da capacidade laborativa dos periciados, tendo que praticar seu senso de justiça, com grande autonomia de decisão. Por isso, deve possui independência intelectual e profissional, não aceitando qualquer tipo de interferência na confecção de seu laudo, o qual é peça importante na composição do convencimento das autoridades previdenciárias. Por isso, este trabalho visa analisar a subjetividade ou autonomia pública do médico como perito previdenciário.

Para alcançar este objetivo, a modalidade pericial previdenciária foi escolhida por representar um ponto nevrálgico da perícia médica, pois no previdenciário, o perito é parte de uma estrutura governamental de concessão de benefícios aos segurados do INSS. Assim, há uma relação de tratamento impessoal e, de certa forma, de desconfiança, entre o médico-perito previdenciário e o periciado pela existência de possíveis fraudes em potencial.

Para ambientar o leitor, há três tipos de regime previdenciário no Brasil.[2] O presente trabalho visa abordar o tema subjetividade ou autonomia pública focada nos peritos previdenciários do Regime Geral da Previdência Social (RGPS), haja vista sua maior abrangência, pois engloba todos os trabalhadores regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), contudo, os apontamentos que serão apresentados neste trabalho, sobre a questão técnica, servem para os demais regimes.

Vale salientar que no direito administrativo o termo relacionado à autonomia de um agente é conhecido por discricionariedade e que, atualmente, embasado em vários doutrinadores estrangeiros e nacionais,

[2] a) O Regime Geral da Previdência Social (RGPS), operado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), uma entidade pública e de filiação obrigatória para os trabalhadores regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT); b) O Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), instituído por entidades públicas. Institutos de Previdência ou Fundos Previdenciários e de filiação obrigatória para os servidores públicos titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; c) O Regime de Previdência Complementar que não faz é de interesse deste trabalho. Disponível no site. http://www.funpresp.com.br/portal/. Acesso em: 08/01/2018.

também pode ser entendido como subjetividade ou autonomia pública. Assim, este trabalho tratará o tema discricionariedade, como subjetividade ou autonomia pública.

As várias modalidades de subjetividade ou autonomia pública são explicitadas no livro Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa do autor André Saddy,[3] as quais servirão de subsídio na análise do tipo de liberdade de decisão que o médico-perito previdenciário deve possuir para confeccionar seu laudo médico pericial, baseado nas normas, no seu conhecimento técnico e na sua experiência profissional.[4]

O trabalho será realizado através de uma pesquisa aplicada sobre as peculiaridades da profissão de médico-perito previdenciário com relação às modalidades de subjetividade ou autonomia desses profissionais. Foram adotados como método e procedimentos técnicos, a pesquisa bibliográfica e documental, a coleta do material bibliográfico foi realizada mediante consulta à doutrina, à legislação vigente e à jurisprudência de vários tribunais.

A problemática que envolve o tema baseia-se em como médicos-peritos exercem sua autonomia ou sua liberdade de decisão atuando como perito oficial da previdência social? Pois é notório que, nessa profissão, há uma margem de decisão, mesmo porque a atividade médica, por si só, não se direciona por questões objetivas, a experiência do médico, o seu conhecimento profissional e sua cultura social interferem em seu laudo, como será apresentado posteriormente.

O estudo tem grande relevância, pois aborda um tema sensível para a sociedade, além de orbitar na área dos direitos fundamentais,

---

[3] Para maiores informações sobre as formas de Subjetividade ou autonomia solicito que seja feita a leitura do livro do autor SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014.

[4] Mais que qualquer outra arte, a medicina é racional. A razão não se define por oposição à experiência, sem a qual a ciência médica fica irremediavelmente coxa. (ELLERT, Christian. O que o operador do direito deve saber sobre a perícia médica. São Paulo: LTr, 2013).

principalmente, da dignidade da pessoa humana. No mais, no contexto da perícia médica, a atuação do médico-perito do INSS abrange a proteção ao direito à saúde, previstos em vários artigos da Constituição Federal de 1988 (CF/88), como nos art 6º, 23 e 196 e na legislação trabalhista. Pois a perícia previdenciária serve como meio probatório para a comprovação ou não da aptidão profissional dos trabalhadores regidos pela CLT e também pela concessão dos benefícios trabalhistas almejados nos casos de incapacidade laborativa.

Desta forma, as discussões sobre a medida da subjetividade ou autonomia pública do médico-perito do INSS, alinhadas às peculiaridades dessa subárea da perícia médica, merecem uma análise cuidadosa, no que tange às capacidades de escolha ou de livre decisão, haja vista todo o conhecimento profissional e técnico que os médicos-peritos possuem. Além do mais, tal análise se faz pertinente devido à grande quantidade de ações judiciais em torno do assunto perícia médica previdenciária.

Nos próximos itens serão apresentados apontamentos sobre perícia médica e suas características, o conceito de médico-perito previdenciário, fazendo referência à legislação específica sobre esse tipo de perícia e ao final, uma análise normativa sobre a liberdade de escolha dos peritos, levando em consideração as modalidades de subjetividade presentes na doutrina e decisões judiciais.

1. Perícia médica

Perícia é todo e qualquer ato propedêutico ou exame realizado por médico, com a finalidade de contribuir com as autoridades administrativas, policiais ou judiciárias na formação de juízos a que estão obrigados.[5]. Em sentido amplo, é ato privativo do médico, podendo ser

[5] NAKANO, S.M.S.; FILHO, S.R.; SANTOS, I.C. Perícia Médica. In: BRAGA, B.E. et al. (Coord.) Perícia Médica. Conselho Regional de Medicina do Estado de Goiás. Brasília: Gráfica e Editora Ideal Ltda 2012, p.26

exercida pelo médico civil ou militar, desde que investido em função que lhe assegure a competência legal e administrativa para tal. [6]

A perícia médica é mais do que uma narrativa escrita (laudo), é um ato médico, uma entrevista, interação entre examinador e o examinado. A perícia é um ato personalíssimo, repete-se *ad nauseam*, deve ser realizada por profissional habilitado para isso e por ninguém mais.[7] A perícia poderá ser direta ou indireta[8]. Na primeira, o exame pericial é feito diretamente na pessoa, a fim de que seja identificada a verdade do que foi alegado, na segunda, o exame pericial é realizado indiretamente nos elementos, documentos ou peças que possam existir, para apuração sobre a exatidão do que foi afirmado.[9]

Conforme Simone Moraes Stefani Nakano et al, a perícia médica é um ramo da Medicina Legal, em que os ensinamentos técnicos e científicos especiais adquiridos no período da formação do profissional médico são suficientes para a emissão dos pareceres seja no caso previdenciário ou judicial.[10]

A perícia médica está amparada nas legislações que tratam dos assuntos ligados à medicina, como a lei nº. 3.268/1957 que versa sobre os Conselhos de Medicina, a lei nº 12.842/2013 que versa sobre o exercício da medicina, a lei nº 10.876/2004 que versa sobre a criação da carreira de médico-perito da Previdência Social, resoluções e pareceres

---

[6] Ibidem.

[7] NAKANO, S.M.S.; FILHO, S.R.; SANTOS, I.C. Perícia Médica. In: BRAGA, B.E. et al. (Coord.) Perícia Médica. Conselho Regional de Medicina do Estado de Goiás. Brasília: Gráfica e Editora Ideal Ltda 2012, p.26.

[8] A Resolução CFM 2.056/13, no artigo 56 faz referência a licitude da perícia indireta, não fazendo menção que seja aplicável somente em: indivíduos mortos, tornando qualquer parecer noutro sentido, mera impressão pessoal, sem: força regulatória de exigência a ser cumprida. MOTTA, Rubens Cenci. Manual de Iniciação em Perícia Médica. 3. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 12.

[9] PEDROTTI, 2006, apud MOTTA, Rubens Cenci. Manual de Iniciação em: Perícia Médica. 3. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 11.

[10] NAKANO, S.M.S.; FILHO, S.R.; SANTOS, I.C. Perícia Médica. In: BRAGA, B.E. et al. (Coord.) Perícia Médica. Conselho Regional de Medicina do Estado de Goiás. Brasília: Gráfica e Editora Ideal Ltda 2012, p.28

do Conselho Federal de Medicina (CFM), dentre elas, as resoluções do CFM nº 1.488/1998 que versa sobre as normas específicas para médicos que atendam o trabalhador e a resolução nº 1931/2009 que versa sobre Código de Ética Médica (CEM).

Para Rubens Cenci Motta, a perícia médica guarda dois aspectos de inalienável importância que sempre devem ser observados: "o sigilo e segredo a favor do examinado e a liberdade técnica de atuação profissional dos examinadores".[11]

Já Vicente Greco Filho entende que a perícia médica, sendo um ato médico (procedimento de meio e não de fim), é considerada prova, consolidada no laudo pericial médico, que é prova técnica (prova direta) jurídica ou administrativa. [12]

Destarte, entende-se que no caso concreto, em que pese a grande liberdade de escolha do médico-perito, há várias condicionantes que limitam sua atuação. Neste contexto, André Saddy, no livro Limites à Tomada de Decisão e Controle Judicial da Administração Pública, afirma que embora haja distintas formas de subjetividades ou autonomias públicas existentes de forma abstrata, o livre arbítrio do agente sofre reduções perante o caso concreto.[13]

Apesar da existência de certa limitação concreta, Simone Moraes Stefani Nakano et al entende que o exame médico-pericial é decisivo no enquadramento das condições de saúde e avaliação da capacidade laborativa, "visando definir o nexo de causalidade (causa e efeito) entre doença ou sequela de acidente e a incapacidade ou invalidez física e/ou

[11] MOTTA, Rubens Cenci. Manual de Iniciação em: Perícia Médica. 3. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 16.

[12] GRECO, Vicente Filho, 2012 apud MOTTA, Rubens Cenci, 2016, p. 52.

[13] "Não se pode admitir que as distintas formas de subjetividades ou autonomias públicas fiquem à mercê de quem detenha o poder e represente os interesses da Administração, posto que, se utilizadas de forma exacerbada, incorrer-se-á em arbitrariedade." SADDY, André. Limites à Tomada de Decisão e Controle Judicial da Administração Pública**.** 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

mental; doença ou acidente e o exercício da atividade laborativa; doença ou acidente e sequela temporária ou permanente."[14]

Assim, observa-se que o perito atua no espaço deixado pelas normas vigentes e não pode extrapolá-lo. O que se pode comprovar no parecer do CFM nº 32/2003 "A perícia médica é um ato médico e não pode ter seu resultado determinado por programa de informática, pois fere a autonomia do médico."[15]

De acordo com o entendimento de Wladimir Novaes Martinez:

> [...] o executor segue uma rotina aprendida na faculdade de medicina ou nos cursos de pós-graduação, mas a orientação mais comum provém da experiência própria, diuturna, seguindo um tanto os mesmos passos da consulta médica, com o tempo aperfeiçoando a metodologia atual.[16]

Desta forma, a perícia é fundamental para a resolução das questões ligadas ao processo de concessão previdenciária, buscando analisar o nexo de causalidade entre a atividade laboral e a enfermidade. Não há como prescindir da prova técnica em matéria de nexo de causalidade, já que não existe outro meio de prova que possa suprir a avaliação médica.[17]

1.1 Perícia médica previdenciária

[14] NAKANO, S.M.S.; FILHO, S.R.; SANTOS, I.C. Perícia Médica. In: BRAGA, B.E. et al. (Coord.) Perícia Médica. Conselho Regional de Medicina do Estado de Goiás. Brasília: Gráfica e Editora Ideal Ltda 2012, p 29.

[15] Disponível no site https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=985:&catid=3. Acesso em: 26/01/2018.

[16] MARTINEZ, Wladimir Novaes. Perícia Médica: Aspectos práticos e jurídicos. São Paulo: LTr, 2016, p. 108.

[17] NAKANO, S.M.S.; FILHO, S.R.; SANTOS, I.C. Perícia Médica. In: BRAGA, B.E. et al. (Coord.) Perícia Médica. Conselho Regional de Medicina do Estado de Goiás. Brasília: Gráfica e Editora Ideal Ltda 2012, p. 34

De acordo com Elias Hurtado Hoyo, a perícia médica previdenciária tem três pilares básicos e inflexíveis, a doença, a atividade laboral e a lei. A atividade médico-pericial tem importância capital nas instituições e sistemas de previdências e, ao mesmo tempo, como instrumento de paz social, garante o amparo legítimo ao beneficiário realmente incapacitado, além de ser um instrumento de controle para despesas evitáveis e decorrentes de pressões extra doença que podem colocar em risco o equilíbrio das instituições.[18]

Como exemplo, Simone Moraes Stefani Nakano et al cita o caso do auxílio-doença, em que há a necessidade de avaliação do segurado do INSS, para estabelecer a data de início da doença (DID) e a data do início da incapacidade (DII), pois a doença preexistente não dará direito ao benefício. A DII deverá ser obrigatoriamente posterior ao ingresso do segurado no Regime Geral de Previdência Social (RGPS).[19]

Nesse sentido, entende-se que a perícia médica do INSS é legítima, totalmente isenta e capaz de apurar a mencionada incapacidade, gozando da presunção de veracidade nas suas conclusões técnicas, contudo, não se trata de presunção absoluta, sendo *juris tantum*, ou seja, comporta prova em contrário. Esta afirmação foi corroborada pelo acordão nº 2002.0110929946, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, de 01 Nov de 2008, "os atos praticados pelo INSS gozam de presunção

[18] HURTTADO HOYO, 2002 apud NAKANO, S.M.S.; FILHO, S.R.; SANTOS, I.C, 2012, p 30.

[19] "A DII tem que ter uma fixação clara, baseada em evento comprovado, um relatório médico fidedigno, um internamento, um atestado de acidente. A DII é uma data técnica, própria da atividade médico-pericial, não delegada a nenhuma outra instância. Por isso, deve ser estabelecida segundo um critério preciso, defensável em qualquer instância recursal, afinal é a fixação da DII que vai ser um dos pilares do benefício, já que é ela que vai estabelecer se o benefício é passível de concessão ou não, pois sua determinação terá que ser dentro do período em que o requerente tem qualidade de segurado." Ibidem, p. 148

relativa de legitimidade, portanto, podem ser confrontados por prova em contrário." [20]

2. Médico-perito

No gênero, perito é todo e qualquer profissional especializado em determinados ofícios, artes ou ciências, capaz de conduzir quem quer que seja à verdade, quando para tal é solicitado.[21] Conforme ensina Simone Moraes Stefani Nakano et al, o perito[22], em geral, não tem função fiscalizadora e sim, atua de modo específico no exame de documentos, objetos ou pessoas. Na área médica, consiste no exame de pessoas (ou cadáveres) com a finalidade de avaliar lesões, causas, quantificar sequelas e disfunções para fins de indenização, mensurar comprometimento da capacidade laborativa em trabalhadores ou atestar capacidade para ato ou função.[23].

Deste modo, o médico perito nunca deve se envolver com juízos de valor, deve sim, fazer um balanço do que tecnicamente apurou e concluir sobre a existência de nexo ou não, apenas com sua convicção

[20] MARTINEZ, Wladimir Novaes. Perícia Médica: Aspectos práticos e jurídicos. São Paulo: LTr, 2016, p. 228.

[21] NAKANO, S.M.S.; FILHO, S.R.; SANTOS, I.C. Perícia Médica. In: BRAGA, B.E. et al. (Coord.) Perícia Médica. Conselho Regional de Medicina do Estado de Goiás. Brasília: Gráfica e Editora Ideal Ltda 2012.

[22] "Los peritos son personas con conocimientos especiales sobre alguna materia que, cuando dichos conocimientos son necesarios, pueden ayudar a los jueces y tribunales a entender mejor los hechos y, por consiguiente, a llegar a un veredicto más justo." RANDO, J.L.P. et al. El médico en el Estrado. Recomendaciones para comparecer como perito ante los Tribunales. Medicina Clínica**.** Barcelona. 2008: 130(14): 536-41. Disponível em: https://www.sciencedirect.com/. Acesso em: 22/01/2018.

[23] NAKANO, S.M.S.; FILHO, S.R.; SANTOS, I.C. Perícia Médica. In: BRAGA, B.E. et al. (Coord.) Perícia Médica. Conselho Regional de Medicina do Estado de Goiás. Brasília: Gráfica e Editora Ideal Ltda 2012, p 35

técnica, sem adentrar na caracterização jurídica da Causa ou Concausa.[24] Segundo Simone Moraes Stefani Nakano et al. "O médico perito deve ser justo para não negar o que é legítimo e nem conceder, graciosamente, o que não é de direito; além de atuar com ética profissional."[25]

O médico perito deve fazer uso de sua margem de subjetividade, atentando para o lado técnico da situação e, principalmente, respeitando os princípios da Dignidade da Pessoa Humana e dos Direitos Fundamentais do cidadão. Neste cenário, uma decisão da *Corte Constituzionale* da Itália, sobre a discussão das restrições legais ao tratamento de fertilidade em pacientes, traz no seu conteúdo que, em parte, sua decisão baseia-se na técnica médica, ou seja, no conhecimento científico, na prática clínica e na autonomia médica.[26]

Cabe ressaltar, a importância das peculiaridades das atividades do médico-perito previdenciário, que atua conforme os princípios previstos na Constituição Federal de 1988, dentre eles, o princípio da legalidade e da prossecução do interesse público na busca pela legitimidade, licitude e eficácia nos seus atos, os quais devem atentar para a preservação da saúde do periciado, de acordo com as resoluções do CFM e do CEM/2009. Além disso, somente um profissional médico pode contradizer o laudo de outro médico, o que ocorre quando um cidadão insatisfeito com o resultado pericial previdenciário, busca no

[24] NAKANO, S.M.S.; FILHO, S.R.; SANTOS, I.C. Perícia Médica. In: BRAGA, B.E. et al. (Coord.) Perícia Médica. Conselho Regional de Medicina do Estado de Goiás. Brasília: Gráfica e Editora Ideal Ltda 2012, p 26.

[25] Ibidem, p 35.

[26] "*In this regard, it is important to point out that the case law of the Constitutional Court has repeatedly emphasised the limits placed by scientific and experimental knowledge on legislative discretion, which are continuously developing and on which the medical state of the art is based: this means that, in matters concerning clinical practice, the basic rule must be the autonomy and responsibility of the doctor who, with the consent of the patient, makes the necessary professional choices (judgments No. 338 of 2003 and no. 282 of 2002)*" ITALIA. Corte Constituzionale. Order Nº 151 of 2009. *Francesco AMIRANTE, President Alfio FINOCCHIARO, Author of the Judgment.* Disponível em: https://www.cortecostituzionale.it/default.do. Acesso em: 22 Jan 2018.

judiciário, a segurança jurídica necessária para a proteção de seus direitos individuais.[27]

Para o médico pericial, a cláusula pétrea considerada como padrão-ouro inerente à qualidade do médico perito está contida no preceito basilar do artigo 98 do CEM/2009, que exige do médico no exercício da perícia "atuar com absoluta isenção, assim como não ultrapassar os limites das suas atribuições e competência".[28]

Neste cenário a revista espanhola Medicina Médica trouxe um artigo que aponta como deve se portar um perito judicial na função pericial.[29]

> [...] El médico que ha elaborado un informe pericial tiene que saber que, aunque en él estén suficientemente razonadas y sean comprensibles todas sus conclusiones, esto no es suficiente y es necesario, además, hacerlas comprender con claridad en el juicio oral. El testimonio de los peritos debe ser formulado siguiendo las normas éticas y con aceptable erudición. Para imponer credibilidad el perito debe parecer entendido y honrado. Cualquier circunstancia que afecte a la imparcialidad e independencia del perito (parentesco, amistad, interés en la causa, etc.) es motivo de recusación o tacha legal y, en todo caso, desmerecimiento de su testimonio.

A título de conhecimento, é importante traz à baila o artigo de Sudeh Cheraghi-Sohi e Michael Calnan, sobre a discrição do profissional médico frente aos novos tempos de mudanças organizacionais, que trouxe maior controle sobre as atividades médicas. Assim, segundo os

---

[27] SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014

[28] GOMES, J.C. M. Perícia Judicial. In: BRAGA, B.E. (org.) Perícia Médica. Goiânia, 2007. p.121

[29] RANDO, J.L.P. et al. El médico en el Estrado. Recomendaciones para comparecer como perito ante los Tribunales. Medicina Clínica**.** Barcelona. 2008: 130(14): 536-41. Disponível em https://www.sciencedirect./. Acesso em 22/01/2018.

autores, um estudo recente na Inglaterra mostrou uma falta de uso e aceitação das diretrizes do Instituto Nacional de Excelência Clínica (NICE) pelos médicos, refletindo as preocupações tradicionais da profissão sobre a importância da liberdade e discrição clínica e evitando modelos de controle de cima para baixo, como as contidas nas diretrizes do NICE; o que eles perceberam como restrições inaceitáveis em seu direito profissional de julgamento clínico e autorregulação.[30]

Sobre o assunto, Rubens Cenci Motta afirma que, em que pese a margem de livre escolha do médico, há sempre o controle judicial, pelo qual o Juízo limita a subjetividade do médico perito previdenciário. Como exemplo, cita-se a decisão do Processo Trabalhista nº 0100500-98.2008.5.15.0051-Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 15ª Região, que traz bem claro que o laudo do médico-perito, no caso o previdenciário, tem natureza meramente administrativa e jamais poderia ser considerada definitiva e inquestionável.

> [...] O INSS concedeu auxílio doença acidentário, mas o perito nomeado nos autos, profissional habilitado e de confiança do Juízo, após exame detalhado do caso, concluiu pela ausência do nexo de causalidade. Perfeito e

[30] "Timmermans *(2008), however, suggests that it has been very difficult to judge, at least at the empirical level, whether medical professional power has been maintained or not. Certainly, this conclusion seems to be reflected in the inconsistency in empirical evidence. For example, a recent study in England showed a lack of use and acceptance of NICE guidelines (arguably a form of clinical governance) which reflected the profession's traditional concerns about the importance of clinical freedom and discretion (Spyridonidis & Calnan, 2011). Both GPs and hospital doctors' adopted strategies to avoid top-down modes of control such as NICE guidelines; which they perceived as unacceptable restrictions on their professional right of clinical judgement and self-regulation. Yet, other evidence from studies in primary care suggests an increasing acceptance of the need for professional scrutiny and accountability amongst the rank and file (McDonald, Checkland & Harrison, 2009; McDonald, Checkland, Harrison & Coleman, 2009)."* SOHI, S. C.; Calnan, M. Discretion or discretions? Delineating professional discretion: The case of English medical practice. Social Science & Medicine 96 (2013) 52e59. Disponível em: htpp//www.elsevier.com/locate/socscimed. Acesso em: 23/01/2018.

> adequado o laudo pericial, não havendo reparos a fazer ao mesmo.[31]

A decisão do TRT da 15ª região reforça a ideia que mesmo com a liberdade de escolha que o médico-perito possui, devido às suas peculiaridades, este não tem uma subjetividade absoluta, haja vista o controle pelo Poder Judiciário.

Assim, conclui-se que o médico-perito deve atentar para que seu laudo pericial tenha colhido todos os elementos pertinentes e necessários para embasar com critérios técnicos sua decisão. Não se pode deixar de citar, conforme afirma Rubens Cenci Motta, que o médico-perito deve limitar-se a fazer referência somente ao objetivo do que lhe foi solicitado, nunca à concessão ou não do que foi requerido, fato que fica a cargo "[...] de administradores, de agentes públicos, de juízes etc, ou seja, é específica atribuição de uma autoridade, e nunca sua [...]."[32]

O médico-perito deve atuar com absoluta isenção quando designado para servir como perito ou como auditor, bem como nunca ultrapassar os limites de suas atribuições e de sua competência.[33] Além disso, "deve possuir certa astúcia e perspicácia, com máxima atenção quanto às simulações e omissões dos periciados, através da sua experiência pessoal adquirida por anos de trabalho na atividade, inclusive pelo seu esforço, adquirindo sua *expertise* na função de perito."[34]

Ademais, deve atentar para os princípios previstos no CEM/2009. Dentre esses, destacam-se: "VIII - O médico não pode, em nenhuma

---

[31] MOTTA, Rubens Cenci. Manual de Iniciação em: Perícia Médica. 3. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 52.

[32] Ibidem, p.72.

[33] Art 98 do CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. Resolução nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Brasília, 2010. Código de Ética Médica. Disponível em: https://www.ghc.com.br/files/codigo%20de%20etica%20medica.pdf. Acesso em: 19 Jan 18.

[34] MOTTA, Rubens Cenci. Manual de Iniciação em: Perícia Médica. 3. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 49.

circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho."[35]

No mesmo sentido, a resolução nº 09/2006, do CFM descreve que o médico-perito deve agir com plena autonomia, decidindo pela presença ou não de pessoas estranhas ao atendimento efetuado, sendo obrigatória a preservação da intimidade do paciente e a garantia do sigilo profissional.

O próprio Código de Ética Médica[36] prevê, no capítulo I (Princípios Fundamentais), que o médico perito atue com autonomia durante a realização das perícias.

Sobre a autonomia funcional do médico-perito, Wladimir Novaes Martinez entende que o médico perito é independente, não sofrendo injunção da autoridade administrativa nem judicial, contudo, sua autonomia não é absoluta no exercício do seu mister.[37]

Portanto, entende-se que no âmbito da sua margem de livre escolha, o médico-perito também encontra limites éticos que estão agregados às normas e resoluções. Segundo Wladimir Novaes Martinez, ao final de toda a perícia médica, se não for possível ao médico-perito

[35] CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. Resolução nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Brasília, 2010. Código de Ética Médica. Disponível em: https://www.ghc.com.br/files/codigo%20de%20etica%20medica.pdf. Acesso em: 19/01/2018.

[36] "XVI - Nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou de instituição, pública ou privada, limitará a escolha, pelo médico, dos meios cientificamente reconhecidos a serem praticados para o estabelecimento do diagnóstico e da execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente." CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Brasília, 2010. Código de Ética Médica. Disponível em: https://www.ghc.com.br/files/codigo%20de%20etica%20medica.pdf. Acesso em: 19/01/2018.

[37] MARTINEZ, Wladimir Novaes. Perícia Médica**:** Aspectos práticos e jurídicos. São Paulo: LTr, 2016.

chegar a uma conclusão final sobre a alegação do examinado, na dúvida, deve concluir em favor do alegado.[38]

2.1 Médico-perito previdenciário

A carreira de médico-perito previdenciário foi criada pela lei nº. 10.876/2004 e reestruturada pela lei nº 11.907/2009. Para atuar como perito no serviço público, o médico tem que ser aprovado em concurso público, possui o conhecimento profissional adequado e cumprir todos os requisitos da profissão, pautando-se pelos princípios que regem as atividades administrativas públicas, previstos no art 37, caput da CF/1988.[39]

Importante ressaltar que o médico na função de perito previdenciário não tem qualquer competência ou possibilidade fático-jurídica de conceder qualquer tipo de benefício aos segurados. Existe um órgão específico, chamado de Diretoria de Benefícios, que é o responsável por esta atividade administrativa, contudo, o laudo pericial do médico-perito tem um papel relevante na decisão desse órgão do INSS.[40]

De acordo com Tereza Chedid, o médico-perito previdenciário não examina o segurado com a finalidade de assisti-lo ou medicá-lo. O profissional imbuído da função pericial está a serviço de uma autoridade, de um ministério com um procedimento próprio, e o ato pericial faz parte de um sistema que, se concessório, gerará benefícios pagos com a disponibilização de verbas públicas. "Logo, é importante ressaltar que, no exercício pericial, o fato de existir doença não significa que exista

[38] MOTTA, Rubens Cenci. Manual de Iniciação em: Perícia Médica. 3. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 226.

[39] Ibidem.

[40] Previsto no **Dec. nº 9.104/17**, que versa sobre a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos do INSS

incapacidade laborativa, necessidade de afastamento do trabalho e enquadramento no benefício pleiteado pelo segurado." [41]

Neste contexto, o art 18 da Lei 8.231/1991, que versa sobre Planos de Benefícios da Previdência Social, há uma variedade de benefícios à disposição do segurado, decorrentes de um acidente de trabalho, que o perito-médico tem que levar em consideração para confeccionar seu laudo, haja vista a diversidade de situações efetivas em que este perito deve agir.[42]

Disto posto, entende-se que o perito previdenciário, além de todas as normas e condutas previstas que todo médico deve seguir, deve valer de sua experiência profissional e verificar se há ligação entre a patologia alegada pelo periciado e o ambiente de trabalho. Este nexo chamado de Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário (NTEP)[43] possibilitará ao perito estabelecer ou não como acidentária a incapacidade do periciado.[44]

A resolução do CFM nº 1.488/98, designado como o Código de Ética Profissional do médico, prevê no seu art 6º as atribuições e deveres do médico perito de instituições previdenciárias, de modo geral, faz referência à capacidade de avaliar clinicamente o periciado, com a

---

[41] CHEDID, T. O perfil do Médico perito, Perícia Médica. In: BRAGA, B.E. et al. (Coord.) Perícia Médica. Conselho Regional de Medicina do Estado de Goiás. Brasília: Gráfica e Editora Ideal Ltda 2012, p. 53.

[42] Art.18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços: I - quanto ao segurado: a) aposentadoria por invalidez; b) aposentadoria por idade; c) aposentadoria por tempo de contribuição; e) auxílio-doença; f) salário-família; g) salário-maternidade; h) auxílio-acidente;

[43] NTEP é um método administrativo legal da Previdência Social que tem: por escopo identificar quais ocorrências laborais infortunísticas têm vinculação com alguma atividade profissional. Na prática quem: estabelece a presença dos parâmetros indutores do NTEP, examinando o segurado e os documentos trazidos para análise é o médico perito. MARTINEZ, Wladimir Novaes. Perícia Médica: Aspectos práticos e jurídicos. São Paulo: LTr, 2016. p.54

[44] Para maior conhecimento sobre o assunto, sugiro o livro: MARTINEZ, Wladimir Novaes. Perícia Médica: Aspectos práticos e jurídicos. São Paulo: LTr, 2016. p. 53.

análise de documentos, provas e laudos referentes ao caso e seu laudo deve servir de subsídio para a decisão ou não da concessão de benefícios ao periciado, dentre outras determinações.[45]

Sobre o assunto liberdade de formação de um entendimento próprio na produção do laudo pericial, foi realizado um estudo epistemológico dos laudos de vários médicos periciais previdenciários pelas autoras Maria da Penha Pereira de Melo e Ada Ávila Assunção[46] que através de uma análise empírica das entrevistas desses profissionais e relacionada com as teses de Ronald Dworkin,[47] sobre a existência de uma analogia entre o momento decisório do juiz e do médico-perito, concluíram que os laudos dos peritos, em especial os previdenciários, como as decisões dos juízes, são influenciados por questões como: laudos anteriores e o grupo social no qual o perito está inserido.

Assim, a análise interpretativa, ou no caso do perito, o melhor laudo é formado através de um conjunto de elementos (princípios, grupo social, decisões anteriores), além do conjunto normativo vigente. Como resultado geral da pesquisa das autoras, observou-se a necessidade e admissibilidade de espaços de discricionariedade, ou seja, arbitramento por parte dos médicos periciais. Assim, embasadas com a tese de R. Dworkin, as autoras concluem que:

---

[45] Art. 6° da Resolução nº 1.488/98 - São atribuições e deveres do perito-médico de instituições previdenciárias e seguradoras: I - avaliar a capacidade de trabalho do segurado, através do exame clínico, analisando documentos, provas e laudos referentes ao caso; II - subsidiar tecnicamente a decisão para a concessão de benefícios; III - comunicar, por escrito, o resultado do exame médico-pericial ao periciando, com a devida identificação do perito-médico (CRM, nome e matrícula); IV - orientar o periciando para tratamento quando eventualmente não o estiver fazendo e encaminhá-lo para reabilitação, quando necessária

[46] MELO, M.P.P.; ASSUNÇÃO, A.A. A Decisão Pericial no Âmbito da Previdência Social**.** Rev. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, p.105-127, 2003. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/physis/v13n2/a07v13n2.pdf. Acesso em: 04/11/2017.

[47] As quais sustentam que a prática jurídica depende fundamentalmente de uma teoria política, a qual implica um conjunto de elaborações desenvolvidas pelo operador do direito sobre a realidade de uma determinada época e uma dada sociedade.

> [...] a medicina é também uma prática social e que, na atividade clínica habitual, ou nas diversas áreas especializadas médicas, compete ao profissional médico interpretar elementos, reações do corpo, fazer leituras e dar sentido dentro de sua prática e saber, configurando, assim, a realidade objetiva da doença, objeto de intervenção. [48]

Do exposto, observa-se que o médico-perito previdenciário possui os atributos necessários para realizar um serviço social de relevância para a sociedade, para isso não deve ter seu discernimento profissional tolhido, mantendo a imparcialidade e o tratamento ético e humano para com os periciados.

3. Subjetividades do médico-perito previdenciário

Após uma ampla descrição sobre as funções e peculiaridades do médico-perito previdenciário, serão apresentadas as modalidades de subjetividade nas quais esses profissionais se enquadram, levando em consideração suas atividades profissionais, juntamente com uma análise lógico-estrutural das normas relevantes no desempenho das atividades periciais.[49]

Desta forma, embora Wladimir Novaes Martinez diga que não há um modelo padronizado[50] quando se pretende verificar a aptidão ou não

[48] MELO, M.P.P.; ASSUNÇÃO, A.A. **A** Decisão Pericial no Âmbito da Previdência Social**.** Rev. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, p.105-127, 2003. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/physis/v13n2/a07v13n2.pdf. Acesso em: 4/11/2017.

[49] Neste contexto, o trabalho se socorrerá do artigo Intervenção Direta do Estado na Economia: Uma Análise do *caput* do Art. 173 da Constituição Brasileira, do autor André Saddy. Conforme o autor, é de grande importância a análise lógico-estrutural da norma, para identificar em quais componentes desta haverá algum tipo de subjetividade ou autonomia pública. SADDY, André. Intervenção direta do Estado na economia: uma análise do *caput* do art. 173 da Constituição Brasileira. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.269, p.107-138, maio/agosto, 2015.

[50] MARTINEZ, Wladimir Novaes. Perícia Médica: Aspectos práticos e jurídicos. São Paulo: LTr, 2016.

para o trabalho com vistas à concessão de um benefício. A legislação pertinente traz condições que devem ser atendidas pelos médicos-peritos, assim como, há baremas científicos internacionais para a classificação do dano corporal, acidentário, insidioso ou crônico[51], que auxiliam o médico-perito na confecção do seu laudo. Então, a partir das legislações pertinentes será analisada a estrutura das normas para esclarecer quais modalidades de subjetividade estão presentes nas atividades dos médicos-peritos.

A lei nº 8.213/91 traz no seu art 21-A, que a natureza acidentária será constada pelo perito previdenciário mediante a ocorrência do nexo epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a atividade motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID).

Por exemplo, com relação à aposentadoria por invalidez, no art 42 da mesma lei, há requisitos específicos que devem ser seguidos para a concessão do benefício, como a consideração do segurado como incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência. Já o Decreto nº 3.048/99 que versa sobre o regulamento da previdência social, no seu art 43 e a Instrução Normativa do INSS nº 77/15, no seu art 213[52], corroboram a lei 8.213/91, confirmando os requisitos para o laudo favorável à concessão da aposentadoria por invalidez. Observa-se então, que há uma variedade de benefícios concedidos, além de variadas incapacidades e uma gama de

[51] MOTTA, Rubens Cenci. Manual de Iniciação em: Perícia Médica. 3. ed. São Paulo: LTr, 2016.

[52] Art. 213. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida a carência exigida, quando for o caso, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz para o trabalho e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nessa condição. § 1º A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade, mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança

leis e instruções que regulam o assunto. Deste modo, a verificação da estrutura da norma se dará de forma genérica, devido à incapacidade de especificar um tipo único.

Conforme o Manual de Perícias Médicas da Previdência Social, a invalidez pode ser definida como uma incapacidade total, permanente, multiprofissional e insuscetível de reabilitação que garanta a subsistência do segurado.[53] Assim, com relação ao médico-perito previdenciário, as normas pertinentes à perícia médica não determinam trilhos a serem seguidos, mas uma trilha que deve ser considerada durante a perícia.

Para isso, faz-se necessário, embasado na análise da estrutura da norma, trazer à baila as modalidades de subjetividades que vão interferir na margem de liberdade ou autonomia do médico-perito, apresentando o que há de mais atual no estudo do tema subjetividade ou autonomia pública.[54] Além de outros autores que enriquecerão este trabalho, tentando acrescentar à extensa doutrina sobre o tema discricionariedade, um degrau a mais, ou seja, a subjetividade do médico-perito.

3.1 Modalidades de subjetividade ou autonomia do médico-perito previdenciário

Na doutrina, de modo geral, são encontradas três formas de subjetividades ou autonomia que podem ser encontradas ou não nas atividades administrativas dos médicos-peritos. São elas, a liberdade de conformação ou configuração, a clássica discricionariedade administrativa e a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados. Além dessas, com a consulta ao livro de André Saddy, observa-se há uma quarta possibilidade que esse autor denominou apreciatividade.[55]

---

[53] Previdência Social. Manual de Perícia da Previdência Social. Versão 2. Disponível em: http://www. previdencia.gov.br/publicacoes/. Acesso em 19/03/2018.

[54] SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

[55] Ibidem, p. 01.

3.1.1 Liberdade de conformação ou configuração

A primeira modalidade de subjetividade, a liberdade de conformação ou configuração pode ser encontrada nas ações do legislador ou quando a Administração Pública realiza atividades atípicas que, segundo André Saddy:

> [...] é o sujeito da atividade permanente e de caráter político de definição e elaboração de normas jurídicas com eficácia externa, quem conta com a mais ampla margem de valoração subjetiva para a definição e o estabelecimento de opções políticas e legislativas a partir da legitimidade com que conta por via da representatividade.[56]

Ainda conforme o autor, essa subjetividade inerente ao legislador é qualificada como política ou fortíssima. Essa ampla margem de valoração subjetiva autorizada pela Constituição Federal de 1988, reforça a existência de uma margem de liberdade do legislador na aplicação de políticas sociais e econômicas. André Saddy comenta que essa margem de liberdade é comumente chamada de discricionariedade legislativa, "porém melhor seria colocar que o legislador dispõe de uma ampla margem de conformação, configuração ou *"discricionariedade"* constitutiva que deriva de sua posição constitucional e, em última instância, de sua específica legitimidade democrática." [57]

Com relação ao médico-perito previdenciário, como este não tem a competência de estabelecer normas ou regulamentos, pois não são eles que concedem o benéfico ao periciado, pode-se inferir que não possuem a liberdade de conformação ou configuração.

---

[56] Ibidem, p. 29

[57] SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 30.

3.1.2 Discricionariedade administrativa

A segunda modalidade que se pode apresentar de subjetividade ou autonomia pública é a discricionariedade administrativa, que segundo André Saddy, apresenta três elementos: o subjetivo, pois somente a Administração Pública detém esse tipo de discricionariedade; o formal, derivado do ordenamento jurídico e relacionado somente às ações deônticas e volitivas, pois envolve a liberdade de atuar ou não entre várias alternativas e o elemento objetivo, relacionado ao dever de atenção aos interesses públicos (legalidade, legitimidade e licitude).[58]

Com relação aos tipos de discricionariedade, a maior parte da doutrina entende que existem dois tipos: uma quando a norma outorga ao agente competente a possibilidade para atuar ou não atuar (discricionariedade de atuação–*Handlungsermessen*) e outra quando o agente pode eleger entre uma das várias opções que a norma lhe concede, a que deseja (discricionariedade de eleição–*Entscheidungsermessen*).[59]

Na mesma linha de raciocínio, mas com outra denominação, José Manuel Sérvulo Correia entende que existe discricionariedade de decisão quando o órgão apenas precisa ponderar se deve ou não adotar uma conduta que a lei lhe outorga, sem estar obrigado a atuar. O mesmo sucede no caso da discricionariedade de eleição, que existe quando a Administração Pública deve escolher entre alternativas ou opções enunciadas no preceito atributivo de sua competência.[60]

Assim, é de entendimento pela doutrina que existe uma margem de manobra na qual a Administração Pública pode optar entre diversas opções ou alternativas, elegendo a que lhe pareça mais conveniente, em função de um critério ou princípio de conveniência e oportunidade e,

[58] Ibidem.
[59] Ibidem.
[60] CORREIA, José Manoel Sérvulo, 2003 apud SADDY, André, 2014, p. 142.

realizando, posteriormente, a eleição mediante uma apreciação de valores singulares.[61]

Ainda sobre a discricionariedade, cabe ressaltar a significativa diferença entre a discricionariedade potencial e efetiva. A discricionariedade potencial se apresenta na forma de hipóteses, ou seja, de maneira abstrata. Já a discricionariedade efetiva se configura no caso concreto, no momento em que se fixam as alternativas ou opções válidas para um caso concreto específico.[62] Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a discricionariedade em abstrato que ocorre na norma legal, não corresponde na mesma amplitude da discricionariedade no caso concreto.[63] Denota-se, assim, uma preconcepção da necessidade de analisar os dois tipos de discricionariedade, potencial e efetiva, no âmbito das atividades do médico-perito previdenciário.

Desta forma, para decidir se há discricionariedade administrativa nas ações dos peritos-médicos, primeiramente, será analisada a estrutura das normas que regulamentam as atividades desses profissionais, lembrando que a discricionariedade verificada será a potencial, haja vista a impossibilidade de abarcar todas as situações concretas das quais o médico-perito tem contato.[64]

---

[61] SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

[62] Ibidem.

[63] DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2. ed.
São Paulo: Atlas, 2001, p. 213.

[64] Valendo-se do artigo de André Saddy, verifica-se que a norma se decompõe em três componentes: a hipótese ou previsão, um operador deôntico e uma estatuição "uma previsão (hipótese), que reporta às condições do sentido de dever ser; um operador deôntico, relativo à modalidade de dever ser que a norma incorpora; e uma estatuição (consequência jurídica), elemento relativo ao campo de incidência do sentido do dever ser. Dessa forma, uma norma é a conjugação estrutural desses três elementos." SADDY, André. Intervenção direta do Estado na economia: uma análise do *caput* do art. 173 da Constituição Brasileira. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.269, p.107-138, maio/agosto, 2015, p. 114 a 117.

Sobre o assunto, André Saddy entende que "sendo as normas de competência aquelas que atribuem discricionariedade ao exercício da função administrativa, terá sempre, esta, um operador de imposição, podendo ser localizada a discricionariedade na relação gerada entre a previsão e a estatuição."[65]

Assim, analisando a legislação pertinente[66], verifica-se que, dentre os benefícios existentes no regime geral de previdência social, há possibilidade de haver discricionariedade administrativa do médico-perito em três situações: aposentadoria por invalidez, auxílio-doença e auxílio-acidente, as quais apresentam requisitos subjetivos. Essas situações serão verificadas para se comprovar a capacidade ou não do médico-perito previdenciário exercer a discricionariedade administrativa em suas atividades diárias.

Inicialmente, averiguando a aposentadoria por invalidez, para o perito confeccionar um laudo aconselhando a concessão desse benefício, este deve verificar se o periciado está incapaz para o trabalho, insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência e, se for o caso, se cumpriu a carência prevista pelo INSS. Esses requisitos são confirmados pelo Decreto nº 3.048/99 que versa sobre Regulamento da Previdência Social, no seu art 43 e a Instrução Normativa do INSS nº 77/15, no seu art 213[67].

---

[65] Ibidem, p. 114.

[66] Art. 25 do Decreto nº 3.048/99 "O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, expressas em benefícios e serviços: I - quanto ao segurado: a) aposentadoria por invalidez; b) aposentadoria por idade; c) aposentadoria por tempo de contribuição; d) aposentadoria especial; e) auxílio-doença; f) salário-família; g) salário-maternidade; e h) auxílio-acidente".

[67] Art. 213. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida a carência exigida, quando for o caso, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz para o trabalho e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nessa condição. § 1º A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade, mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança.

Na análise da estrutura das normas mencionadas acima, verifica-se a existência de três previsões ou hipóteses: incapaz para o trabalho, insuscetível de reabilitação e necessidade de cumprimento de uma carência, se for o caso.[68] O operador deôntico será o aconselhamento (certa forma de permissão) do médico-perito e a estatuição será o concorde ou não do perito para a concessão do benefício. No caso, a norma denota uma conduta impositiva, devido à necessidade do periciado cumprir os requisitos da previsão para estar apto à concessão do benefício, contudo, confere discricionariedade na estatuição, porque há uma relação entre a previsão e a estatuição, ou seja, mesmo estando apto a receber o benefício, o médico-perito previdenciário deve atestar o nexo técnico entre a doença e a atividade laborativa do segurado e, assim, o perito pode optar por aconselhar a concessão ou não do benefício.

Com relação ao auxílio-doença, verificando a estrutura normativa do art 59 da lei nº 8.213/91, corroborado com o art 71 do Decreto nº 3.048/99 e art 300 da Instrução Normativa do INSS nº 77/15[69], observa-se a existência de duas hipóteses: o período de carência exigido na lei nº 8.213/91 e estar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos. O operador deôntico será a permissão do médico-perito previdenciário e a estatuição será o concorde do perito para a concessão ou não do benefício. Da mesma forma que na aposentadoria por invalidez, a norma apresenta uma conduta impositiva, devido à necessidade do periciado cumprir os

[68] PORTARIA INTERMINISTERIAL MPAS/MS Nº 2.998, DE 23 DE AGOSTO DE 2001, regula no seu art 1º. As doenças ou afecções abaixo indicadas excluem a exigência de carência para a concessão de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez aos segurados do Regime Geral de Previdência Social – RGPS.

[69] Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos. Parágrafo único. Não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

requisitos da previsão para estar apto à concessão do benefício, contudo, confere discricionariedade na estatuição, pois o perito pode optar por aconselhar a concessão ou não do benefício.

Concluindo a análise das normas legais[70], verifica-se que o benefício do auxílio-acidente, da mesma forma que os anteriores, apresenta requisitos a serem analisados na perícia médica para sua concessão. De forma geral, o auxílio-acidente tem como hipótese a sequela definitiva do segurado, levando em consideração o nexo entre a lesão e a atividade laborativa do periciado, tendo como parâmetro situações específicas previstas no anexo III do Decreto nº 3.048/99. Assim, da mesma forma que os demais benefícios, o operador deôntico será o aconselhamento do médico-perito previdenciário na concessão do benefício. A discricionariedade será apresentada na estatuição, mediante a verificação do nexo técnico, auxiliado pelas situações específicas previstas no Anexo III do decreto e no concorde ou não da concessão do benefício pelo profissional.

Do exposto, conclui-se que independente do tipo de benefício apresentado, o médico-perito apresenta a discricionariedade administrativa na estatuição, ou seja, na possiblidade de escolher, mediante a realização da perícia e comprovação do nexo técnico epidemiológico, ou seja, se há a possibilidade ou não da concessão do benefício ao periciado.

---

[70] Art. 104 do Decreto nº 3.048/99. "O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado empregado, exceto o doméstico, ao trabalhador avulso e ao segurado especial quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultar sequela definitiva, conforme as situações discriminadas no anexo III, que implique: I - redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exerciam; II - redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exerciam e exija maior esforço para o desempenho da mesma atividade que exerciam à época do acidente; ou III - impossibilidade de desempenho da atividade que exerciam à época do acidente, porém permita o desempenho de outra, após processo de reabilitação profissional, nos casos indicados pela perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social."

3.1.3 Margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados

A terceira modalidade de subjetividade tem a terminologia conhecida de margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados. Entende-se que conceitos jurídicos indeterminados são "aqueles conceitos que não se podem traçar precisamente porque não deixam ao seu intérprete a compreensão exata de quais significados possui o objeto ou a realidade abrangida."[71]

Para Bernardo Diniz de Ayala, "os conceitos indeterminados são utilizados na norma para designar vocábulos, expressões e termos que possuem sentidos imprecisos, diversos, subjetivos, vagos, indeterminados. São palavras que se referem a uma significação, mutável no tempo e no espaço."[72] Assim, ao analisar a estrutura semântica das normas, os conceitos jurídicos indeterminados, muitas vezes, provocam dificuldades na interpretação e na compreensão da norma em virtude de seu aspecto linguístico, necessitando de uma melhor manipulação para apresentar resultados com maior precisão.[73]

À vista disso, no caso concreto, os conceitos jurídicos indeterminados deixam dúvidas entre duas ou mais compreensões de seu significado. Desta forma. a verdadeira indeterminação, e com isso a autonomia, surge da impossibilidade de identificar no todo ou em parte o significado, por meio da interpretação, frente ao caso concreto. [74]

Nesse quadro, há alguns conceitos legais que causam certa incerteza ou indeterminação no seu conteúdo durante a sua interpretação em um caso concreto. São três as incertezas semânticas responsáveis

---

[71] SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 395.

[72] AYALA, Bernardo Diniz de, 1995 apud SADDY, André, 2014, p. 227.

[73] SADDY, André. Intervenção direta do Estado na economia: uma análise do *caput* do art. 173 da Constituição Brasileira. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.269, p.107-138, maio/agosto, 2015, p. 124

[74] Ibidem.

pelas dificuldades de determinação dos sentidos normativos: a polissemia, a vagueza e a textura aberta. Além dessas três incertezas semânticas, a confrontação de conceitos técnicos também é uma forma de indeterminação no Direito que se analisará.[75]

Destarte, a polissemia é constatada quando as equivalências da relação de significação não estabelecem apenas um significado para um significante, levando o intérprete à dúvida sobre qual alternativa adotar no enunciado da norma. Já a vagueza se apresenta na imprecisão do significado, não tendo as palavras limites definidas, gerando dúvidas sobre o âmbito de sua abrangência. Já a textura aberta ocorre pela verificação de circunstâncias insólitas ou imprevistas que geram dúvidas sobre a aplicabilidade do símbolo léxico.[76]

Para André Saddy, a confrontação de conceitos técnicos "caracteriza-se quando se necessita de disciplinas técnicas para a verificação ou não da ocorrência de determinado fato."[77] Com relação ao conhecimento técnico, o autor entende que, "na função administrativa, alojam-se atividades eminentemente técnicas, ou seja, atividades que dependem de conhecimentos especiais que a doutrina denomina discricionariedade técnica."[78].

Corroborando essa afirmação, José António Martins Lucas Cardoso entende que:

> [...] a própria expressão discricionariedade técnica, apesar de toda a sua tradição na doutrina, não pode deixar de ser considerada infeliz porque não define fielmente a

[75] Ibidem.

[76] SADDY, André. Intervenção direta do Estado na economia: uma análise do *caput* do art. 173 da Constituição Brasileira. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.269, p.107-138, maio/agosto, 2015, p. 229.

[77] SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.230

[78] Ibidem, p. 241.

> realidade em causa. A discricionariedade técnica não é mais do que uma actividade vinculada as regras técnicas.[79]

Além disso, para o autor, a expressão discricionariedade técnica pode se tratar de uma simples referência a questões de natureza técnica, mas de conteúdo exato, situações nas quais o agente deverá proceder a um juízo certificatório ou de verificação ou pode, por outro lado, remeter o agente para um juízo de prognose ou de valoração baseado em conhecimentos específicos. Nesse contexto, José António Martins Lucas Cardoso entende que:

> [...] os conceitos jurídicos indeterminados em sentido próprio, uma vez que a sua aplicação implica a realização de um juízo de prognose relativamente a dados de facto que hão de ser subsumidos configuram uma situação de abertura normativa, ou melhor de abertura da previsão normativa, mediante a qual o legislador confere ao órgão executivo uma liberdade de concretização."[80]

A partir dessas explicações e de acordo com o entendimento dos autores citados, o termo discricionariedade técnica é usado erroneamente nos tempos atuais, pois engloba situações em que se deveria aplicar um conceito jurídico indeterminado de caráter técnico, juntamente com outras condutas, nas quais se deveriam aplicar regras técnicas.[81]

---

[79] CARDOSO, José António Martins Lucas. Do Problema dos Conceitos Jurídicos Indeterminados em Direito Administrativo. Polis nº 1, out/dez, 1994, p. 41. Disponível em: revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/polis/article/ download/929/1049. Acesso em 06/04/2018.

[80] Ibidem, p. 32-33

[81] "Além de abarcar os casos em que a Administração deveria aplicar um conceito jurídico indeterminado de caráter técnico, também, abrange todos os casos em que a Administração, ao realizar uma conduta, realiza-a por meio de regras técnicas, ou seja, a mencionada discricionariedade técnica concerne a todo e qualquer exame de fato ou situação que tenha como suporte o conhecimento técnico e científico, derivado de regras médicas, de engenharia, biológicas, entre outras" Ibidem, p. 249.

Essa discussão vai ao encontro ao cerne do trabalho, pois como verificado, a discricionariedade técnica é muitas vezes utilizada como sinônimo de algum tipo de conhecimento especializado, o que não condiz com a verdade. Desta feita, e acompanhando o entendimento de André Saddy[82], a especialidade do médico-perito será apresentada como capacidade técnica e não como discricionariedade técnica.

Sobre a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos, Fernando Sainz Moreno, entende que a situação de indeterminação se explica por círculos concêntricos. Desta maneira, o círculo interno representa uma zona de certeza positiva, com atuação vinculada ao ordenamento jurídico, o círculo externo representa uma zona de certeza negativa, na qual se entende que não há opções de atuação e entre eles existe uma área de indeterminação ou de incerteza, onde existirão diferentes sentidos, todos válidos e suscetíveis de serem utilizados pelo administrador.[83] Assim, no caso dos conceitos jurídicos indeterminados, a dificuldade de interpretação de uma norma só se verificará frente ao caso concreto e, desta forma, só desta forma poderá considerar sua existência.

Partindo do conceito doutrinário apresentado e levando em consideração os benefícios analisados, o auxílio-doença; o auxílio-acidente e a aposentadoria por invalidez, os quais apresentam requisitos

[82] "pode-se concluir que a noção de discricionariedade técnica não é de todo clara, sendo fonte de confusões e até mesmo de utilizações impróprias. Por tal motivo, melhor seria não utilizar tal expressão. Uma vez averiguado um erro não se pode permanecer nele, deve-se esforçar em: ter por objeto a técnica e não a discricionariedade." CARDOSO, José António Martins Lucas. Do Problema dos Conceitos Jurídicos Indeterminados em Direito Administrativo. Polis nº 1, out/dez, 1994, p. 249. Disponível em: revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/polis/article/ download/929/1049. Acesso em 06/04/2018.

[83] *"El círculo interno traza el límite de una zona de certeza positiva (es seguro que "eso" pueda denominarse con ese término); el círculo externo marca el límite de una certeza negativa (es seguro que "eso" no puede denominarse así). Entre esos dos círculos hay una zona de duda, de indeterminación".* MORENO, Fernando Sainz, 1976 apud SADDY, André, 2014, op. cit., p. 234.

subjetivos e grande carga de conhecimento técnico, no contexto das perícias previdenciárias, observa-se que para confeccionar o laudo médico aconselhando a concessão ou não do benefício, por exemplo, no caso da aposentadoria por invalidez, o médico-perito deve verificar se o periciado está incapaz para o trabalho ou insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência.

Desta forma, pode-se inferir que há uma zona de incerteza na situação do periciado, ou seja, se este atende aos requisitos normativos, pois na medida em que se envolvam conceitos técnicos na decisão do médico-perito, também pode levar a indeterminações. Como afirmou André Saddy "toda vez que muitas situações, ainda ao serem analisadas por disciplinas técnicas, não oferecerem uma única resposta universalmente incontestável nem sempre a metodologia científica implica certeza absoluta e irrebatível."[84]

Tal situação só poderá ser decidida após uma análise técnica por um profissional da medicina, no caso, o médico-perito previdenciário, pois há dúvidas sobre a aplicabilidade da norma, mediante as previsões apresentadas, não sendo certo que o efeito da estatuição ocorra. Destarte, há certa margem de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados baseados na confrontação de conceitos técnicos, haja vista a necessidade de conhecimentos da medicina para verificação ou não da ocorrência da incapacidade do periciado.

Corroborando o afirmado, António Francisco de Sousa cita que "enquanto no caso da discricionariedade estamos no domínio da estatuição da norma, tratando-se, pois de determinação dos efeitos jurídicos da norma; nas decisões de ponderação, valoração ou prognose estamos no domínio da previsão da norma."[85]

---

[84] SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.396

[85] SOUSA, António Francisco, 2003 apud SADDY, André, 2014, p. 224

3.1.4 Apreciatividade administrativa

A quarta modalidade faz referência às situações em que há para o agente público certa margem de livre decisão que não se enquadraria nas demais modalidades de subjetividade ou autonomia administrativa. Nas palavras de André Saddy, a apreciatividade é "uma liberdade de conduta, ou melhor, de apreciação que opera como se tratasse de uma eleição/decisão, de um verdadeiro processo volitivo."[86]

Para Mattehew Diller, com a nova reforma do bem-estar social e o retorno das formas discricionárias de administração, o poder dos *ground-level administrators ou low-level administrator* (administradores do nível do solo/baixo nível) aumenta sobre os beneficiários/administrados, esses profissionais atuam em um ambiente de incerteza, devido aos mais variados interesses dos grupos com que eles atuam."[87]

Nesse contexto, conforme André Saddy, as decisões subjetivas praticadas durante a realização de uma atividade administrativa são "praticamente imunes a um controle, já que não é possível reproduzir em um processo a situação de iminência".[88] O autor afirma que isso não significa que a apreciatividade carece de limites, mas estes não podem aplicar-se, senão de uma forma muito flexível, pois do contrário o sentido da responsabilidade jurídica poderia paralisar os órgãos de decisão. Contudo, haverá o controle dos atos dos agentes públicos realizados com essa margem ampla de liberdade, principalmente, nos casos que ocorram erros trágicos.[89]

Os controles, interno ou externo, limitarão a margem de liberdade do administrador, contudo, não podem coibir o agente público de atuar

[86] SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 266

[87] DILLER, Mattehew, 2000 apud SADDY, André, 2014, p. 92.

[88] SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 280.

[89] Ibidem.

de maneira isenta, respondendo por uma conduta imediata ou urgente, pois a norma jurídica não possui as respostas para todos os casos que se apresentam nas mãos dos administradores públicos.

Desta forma, a apreciatividade administrativa, segundo André Saddy, "não se define previamente pela norma jurídica, mas sim mediante treinamento, experiência profissional, códigos de conduta, entre outras normas internas da Administração Pública."[90]

Pelo exposto, pode-se inferir que a experiência profissional, os anos de estudo acadêmico, as resoluções e códigos de conduta médica também contribuem para a margem de liberdade apreciativa do médico-perito previdenciário.

> Esses profissionais vivem diariamente sobre pressão, pois devem levar em consideração na confecção de seus laudos, o interesse público e os interesses particulares dos periciados, que nem sempre apresentam todos os fatos para melhor conclusão do laudo pericial, além de atender às normas de conduta e resoluções médicas. Nesse ambiente de incerteza, o perito previdenciário tem que apresentar soluções urgentes para os casos de incapacidade que lhe são apresentados. Para isso este profissional conta, principalmente, com sua experiência profissional e seu conhecimento técnico.

No mesmo sentido, André Saddy afirma que na apreciatividade é possível que não exista norma jurídica em seu sentido estritamente formal que conceda margem de liberdade, autonomia ou volição. Para o autor:

> [...] enquanto a discricionariedade deriva da norma jurídica, a apreciatividade deriva de outras fontes. Não obstante, não seriam os agentes públicos usurpadores de tal autoridade, nem infratores do princípio da legalidade administrativa, pois o sistema modulou suas funções para que assim se procedesse.[91]

[90] Ibidem, p. 330.
[91] Ibidem, p. 354-355

E para corroborar o enunciado acima, há razões que reforçam a afirmação do autor, porém, antes de apresentar as razões que reforçam a classificação de apreciatividade na capacidade de escolha dos médicos-peritos, deve-se fazer referência à tese apresentada por Ronald Dworkin, sobre os tipos de discricionariedade (uma forte e duas fracas) que se enquadra no tema proposto deste trabalho.

Para Ronald Dworkin, o poder discricionário aparecerá quando alguém é encarregado de tomar decisões de acordo com *standards* estabelecidos por uma determinada autoridade ou por normas e regulamentos.[92] Assim como o médico-perito previdenciário é obrigado a dar uma resposta a uma situação médica apresentada a ele, estando limitado por leis, resoluções e códigos de conduta.

Segundo Ronald Dworkin, a primeira forma de emprego do poder discricionário, em um sentido fraco, faz referência à conduta do aplicador "os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar."[93] Esse sentido fraco ocorre quando o contexto não é por si só esclarecedor, obrigando o aplicador a ter certa margem de discernimento para realizar a atividade. Em um segundo sentido, também considerado fraco, usa-se a expressão para afirmar que um funcionário público tem a autoridade para tomar uma decisão, em última instância, e que esta não pode ser revista e cancelada por nenhum outro funcionário.

Para completar, em um terceiro sentido, considerado forte, usado não apenas para esclarecer que um funcionário público deve usar seu discernimento na aplicação dos padrões que lhe foram estabelecidos pela autoridade ou para afirmar que ninguém irá rever aquele exercício de juízo, mas também "para dizer que, em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão."[94].

---

[92] DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

[93] Ibidem, p. 51.

[94] Ibidem p. 52.

Esse entendimento é importante para poder discernir sobre o tipo de poder discricionário que possui o médico-perito previdenciário subordinado às autoridades superiores do INSS, incompetente para dar a decisão final sobre os *hard cases* que surgem, contudo, possuidor de competência técnica, de experiência profissional, além de estar amparado pelo Código de Ética Médica, a realizar os laudos periciais e nenhuma outra autoridade, que não seja um médico, terá a capacidade técnica de contestar seu laudo. Na esteira desse entendimento, André Saddy afirma que:

> [...] por último, também cabe considerar alguns casos de aplicação de conceitos técnicos ou muito especializados, frente aos quais realmente resulta muito difícil de penetrar e controlar a essência da decisão ou substituir o critério técnico elegível, inclusive, servindo-se de perícias.[95]

Desta forma, com todo o arcabouço de conhecimento apresentado acima, pode-se observar que o médico-perito previdenciário possui a capacidade que se enquadra no sentido de um poder discricionário forte, pois estabelece os próprios critérios que guiam as suas condutas, em razão de toda a sua experiência profissional, do tipo de atividade extremamente técnica, seus princípios e do cabedal intelectual adquirido na formação acadêmica, o que não exclui de modo algum, o conjunto de elementos normativos, como leis, resoluções e códigos de conduta[96].

---

[95] SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p 382.

[96] O conteúdo de um código *"amplia"* as obrigações já impostas pela lei a quem os subscrevem. O regime jurídico desses compromissos que se assumem *"extra legem"* e fazem-se públicos requerer exatidão, em especial, quanto à possibilidade de que terceiros afetados possam exigir seu cumprimento. Por tal motivo, também, são considerados habilitadores de apreciatividade. SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 373.

Corroborando o afirmado, o artigo de Sudeh Cheraghi-Sohi e Michael Calnan discorre sobre a teoria da interpretação construtiva de Ronald Dworkin afirmando que os médicos possuem uma discricionariedade forte, haja vista que eles diariamente devem tomar decisões segundo os próprios critérios estabelecidos. [97]

Ratificando o apresentado, André Saddy comenta que:

> [...] Isto é, em ambos os casos (discricionariedade forte ou fraca), seja estabelecendo critérios de decisão dentro de uma margem ampla de liberdade ou subcritérios que responderão aos critérios previamente estabelecidos, estar-se-á operando com apreciatividade.[98]

A despeito da ampla margem de liberdade de eleição dos médicos-peritos, as autoridades previdenciárias não estão vinculadas[99]

---

[97] "*The basic premise underlying the notion of discretion is freedom. Inextricably bound to the notion of freedom is one of constraint, in as much as there are countervailing factors which ostensibly act to constrain freedom. Some of the earliest discussions regarding the nature of discretion, originated within the legal arena. Ronald Dworkin's (1977) description highlights the relative nature of the concept: "discretion, like the hole in a doughnut, does not exist except for an area left open by a surrounding belt of restriction" (Dworkin, 1977, p. 31). Dworkin also distinguished between two different forms of discretion; weak and strong. Weak, referring to the need for officials to exercise judgement, as rules cannot simply be applied mechanistically. The proliferation and implementation of rule structures across public administration associated with the advent of NPM would suggest that the notion of weak discretion remains salient in any contemporary discussion of professional discretion. Strong discretion on the other hand leaves both the decision making and the criteria of decision making to officials, and is the type exerted by medical professionals working in 'professional bureaucracies*." SOHI, S. C.; Calnan, M. Discretion or discretions? Delineating professional discretion: The case of English medical practice. Social Science & Medicine 96 (2013) 52 e 59. Disponível em: htpp//www.elsevier.com /locate/socscimed. Acesso em: 22/01/2018.

[98] SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p 146.

[99] No caso do médico-perito previdenciário quem decide se há nexo entre a enfermidade do periciado e sua atividade laboral é a autoridade previdenciária.

aos seus laudos, porém por uma questão de competência técnica, fica difícil contestar as decisões desses profissionais. Além disso, conforme o acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região "não se pode olvidar que, muito embora o magistrado não seja adstrito ao laudo, nele pode se apoiar para a formação de seu convencimento."[100]

Após breves comentários da tese de Ronald Dworkin sobre os tipos de discricionariedade, que serviram de subsídio para afirmar que os médicos-peritos previdenciários possuem apreciatividade como modalidade de subjetividade. Tal afirmação tem fundamento no entendimento de André Saddy, na apreciatividade não há tempo de refletir sobre seus juízos de valor, pois há fortes influências por questões psicológicas, emocionais e discriminatórias. Desta forma, "o mais comum é que a eleição ou a decisão não seja reversível, inclusive se, *a posteriori*, sua opção seja declarada como ilegal. Não há como regressar ao *status quo*."[101]

No caso, os médicos-peritos previdenciários têm que apresentar laudo pericial sobre situações complexas que envolvem grande carga emocional e interesses opostos. Esse profissional fica à mercê de grande tensão e após a emissão do laudo pericial, este não poderá ser alterado, mas sim discutido em Juízo, com o auxílio de outro perito que possua o conhecimento técnico específico para contestar.

Outra afirmação que respalda o fato da existência da apreciatividade, como capacidade do médico-perito, é sua incompetência em criar efeitos jurídicos ou de modificar conteúdo normativo,

[100] BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (15º TRT) Recurso Ordinário Trabalhista nº 00104795620145150119001047 9-562014.5.15.0119, de 21 Nov de 2017. Relator: Desª Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla. Disponível em https://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/391637501/recurso-ordinario-trabalhista-ro-20165150079-0010332-8220165150079/inteiro-teor-391637508. Acesso em 21 Jan de 2018.

[101] SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p 288.

concluindo que suas decisões, não se enquadram como ações deônticas[102]. Mas suas ações embora não decisórias, apresentam características que não se encontram no arcabouço normativo, mas sim no seu conhecimento e experiência profissional.[103]

Outra razão que ratifica a existência da apreciatividade nas decisões dos médicos-peritos é a função organizacional no processo de concessão de benefícios previdenciários. Por exemplo, o médico-perito, sendo servidor concursado do INSS, tem a função de legitimar as incapacidades laborativas que se apresentam a esse órgão público. Com relação a esse fato, de acordo com André Saddy, "a discricionariedade é delegação legislativa, a apreciatividade pode ser delegação funcional."[104]

Ainda sobre os fatos que constatam a apreciatividade como modalidade utilizada pelos médicos-peritos previdenciários, quando da aplicação da sua margem de liberdade de escolha na função pericial. Cita-se uma passagem de André Saddy:[105]

> [...] Por fim, **poderá o agente recorrer, quando seja necessário, à sua intuição**, **isto é, ao uso de sua experiência pessoal e de sua preparação específica**,

[102] As ações deônticas são as ações que se traduzem: em: uma alteração da situação jurídica anteriormente existente. Será deôntica a atuação administrativa realizada por atos que tenham um discurso de natureza diretiva, ou seja, que represente toda conduta que tenha a propriedade de ser o contexto de um discurso com função ilocutória. (Nota de rodapé) SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p 356.

[103] Logo, tanto na capacitação, como no treinamento, transmite-se a experiência pessoal e profissional de outras pessoas e prepara-se o agente para sua função de maneira específica, fatores que permitem: a acumulação de conhecimentos que lhe servirão nos momentos de eleição ou de tomada de decisões. SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.373.

[104] "[...] pois sempre que delega o superior hierárquico deve estar disposto a conceder ao delegado liberdade de atuação. Isso é, no exercício das faculdades que se delegam os únicos limites que deve ter o delegado são os impostos pelo objetivo a alcançar e pelas normas vigentes." SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 368

[105] Ibidem, p 374.

> **fatores que permitem a acumulação na memória de uma grande quantidade de conhecimentos**, os quais facilitam o rápido manejo de alternativas/opções e a acertada decisão. Assim o é por poder supor-se que, ao tomar uma decisão, qualquer pessoa se baseia em seus conhecimentos e experiências profissionais. (grifo nosso).

Em face do apresentado, admite-se que a função pericial do médico previdenciário possui certa margem de liberdade apreciativa e conforme afirma André Saddy, "a discricionariedade normalmente é realizada por diretores e supervisores, a apreciatividade é realizada por agentes que atuam em linha de frente e possuem contato direto com os administrados."[106]

Conclusões

O médico-perito previdenciário desempenha uma função de grande relevância para a sociedade, pois através do seu laudo contribui na seara administrativa, para que a melhor decisão seja tomada pela autoridade previdenciária nas questões de capacidade laborativa do periciado.

Este estudo teve como foco a atividade profissional do médico-perito previdenciário, o qual faz parte do processo de concessão de benefícios aos segurados do INSS. Partindo desse contexto e conhecendo a importância da atividade pericial, este estudo se prestou a discutir qual seria a margem de livre decisão do médico perito na confecção do seu laudo pericial.

Desta forma, utilizou-se da doutrina para o entendimento de quais modalidades de subjetividade ou autonomia pública o médico-perito previdenciário possui na realização de suas atividades periciais. Assim, após construir um cenário, especificando as características de uma perícia médica e descrever as peculiaridades do médico-perito

[106] Ibidem, p. 400.

previdenciário, das quais pode-se destacar a imparcialidade na análise da incapacidade do periciado, sua competência técnica, a possibilidade de criar seus próprios critérios de escolha embasados na sua experiência profissional, alicerçado em um código de ética médica e instruções normativas do órgão previdenciário, buscou-se enquadrar o médico-perito em uma das quatro modalidades previstas na doutrina nacional sobre a subjetividade ou autonomia pública.

Como o foco se ateve ao médico-perito previdenciário, este trabalho ressaltou a responsabilidade que recaí sobre os ombros dos médicos-peritos, pois possuem grande encargo, verificando a capacidade laborativa do trabalhador frente às aspirações destes para a aquiescência de algum tipo de direito previdenciário. Deste modo, os médico-peritos devem possuir a capacidade de livremente decidir sobre as conclusões de seu laudo pericial, sem qualquer tipo de pressão ou intervenção externa, caso contrário corre o risco de se perder e deixar a parcialidade da situação influenciar na sua decisão.

Isto posto, após o estudo das modalidades da subjetividade apresentadas pela doutrina, amparadas nas especificidades do médico-perito previdenciário e uma análise estrutural das normas e requisitos que regulam as atividades desses profissionais. Verificou-se que no contexto de suas atividades periciais, o médico-perito previdenciário possui a modalidade de discricionariedade conferida na estatuição, pois relacionando as possíveis previsões normativas, poderá considerar o periciado apto ou não para a concessão dos benefícios.

Além disso, o médico-perito também possui a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados, visto que os requisitos necessários para que o laudo recomende ou não a concessão do benefício apresentam uma zona de incerteza na determinação da incapacidade do periciado, que deverá ser solucionada pelo perito, ou seja, considerando este apto ou inapto para fazer jus ao benefício.

Ademais, o médico-perito previdenciário possui uma margem de liberdade apreciativa, haja vista confeccionar seus laudos após ampla avaliação da situação concreta e através de critérios próprios, devido ao

seu grau de especialidade, experiência profissional e comportamento ético, não confeccionando seus laudos, levando em consideração somente as normas médica e legal, mas sim através do seu discernimento no caso concreto.

Do exposto, conclui-se que, em que pese às discordâncias entre o médico-perito e periciado, na seara administrativa, somente esse profissional tem a capacidade de responder às autoridades decisoras sobre a situação médica laborativa de um trabalhador, mesmo que seja uma decisão contrária aos interesses desse cidadão e, por isso, deve possuir a liberdade de decisão para confeccionar um laudo isento de pressões e com total imparcialidade para não incorrer em dano ao trabalhador ou ao Estado.

Referências

BRAGA, B.E. et al. (Coord.) Perícia Médica. Conselho Regional de Medicina do Estado de Goiás. Brasília: Gráfica e Editora Ideal Ltda, 2012

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: 19 Jan 18.

_____. Decreto nº 3.048**,** de 06 de maio de 1999**.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 20 Jan 18.

_____. Decreto nº 9.104**,** de 24 de julho de 2017.Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D9104.htm**.** Acesso em: 20 Jan 18

_____. Instituto Nacional do Seguro Social. IN INSS/PRES n.º 77/2015. Disponível em: http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm. Acesso em: 23 Jan 18

_____._____. Manual de Perícia Médica da Previdência Social, versão 2. Disponível em: http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido_manualpericiamedica. Acesso em: 04 Nov 17

_____._____. Portaria Interministerial MPAS/MS Nº 2.998, de 23 de agosto de 2001. Disponível em: http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/65/MPAS-MS/2001/2998. Acesso em: 23 Jan 18.

_____. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre Planos de Benefícios da Previdência Social. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 26 Jan 18.

_____. Lei nº 10.876, de 02 de junho de 2004. Cria a Carreira de Perícia Médica da Previdência Social, dispõe sobre a remuneração da Carreira de Supervisor Médico-Pericial do Quadro de Pessoal do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2004-2006/2004/lei/l10.876.htm. Acesso em: 26 Jan 18

_____. Lei nº 12.842/13, de 10 de julho de 2013. Dispõe sobre o exercício da Medicina. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12842.htm. Acesso em: 26 Jan 18.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (15º TRT). Recurso Ordinário Trabalhista nº 00104795620145150119001047 9-562014.5.15.0119, de 21 Nov de 2017. Relator: Desª Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla. Disponível em: http://portal.trt15.jus.br/consulta-processual. Acesso em 21 Jan 2018

CARDOSO, José António Martins Lucas. Do Problema dos Conceitos Jurídicos Indeterminados em Direito Administrativo. Polis nº 1, out/Dez, 1994, p. 41. Disponível em: revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/polis/article/download/929/1049. Acesso em 6 abril de 2018

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.488**,** de 11 de fevereiro de 1998. Dispõe de normas específicas para médicos que atendam o trabalhador. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/Resoluções/cfm/1998/1488.1998.htm. Acesso em: 19 Jan 18.

_____. Resolução nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Brasília, 2010. Código de Ética Médica. Disponível em: https://www.ghc.com.br/files/codigo%20de%20etica%20medica.pdf. Acesso em: 19 Jan 18.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELLERT, Christian. O que o operador do direito deve saber sobre a perícia médica. São Paulo: LTr, 2013.

ITALIA. Corte Constituzionale. Order Nº 151 of 2009. Francesco AMIRANTE, President Alfio FINOCCHIARO, Author of the Judgment. Disponível em: https://www.cortecostituzionale.it/default.do. Acesso em: 22 Jan 18.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Perícia Médica: Aspectos práticos e jurídicos. São Paulo: LTr, 2016.

MELO, M.P.P.; ASSUNÇÃO, A.A. **A** Decisão Pericial no Âmbito da Previdência Social**.** Rev. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, p.105-127, 2003. Disponível em: http://www.scielo.br/Pdf/physis/v13n2/a07v13n2.pdf. Acesso em: 04 Nov 17.

MOTTA, Rubens Cenci. Manual de Iniciação em Perícia Médica. 3. ed. São Paulo: LTr, 2016.

RANDO, J.L.P. et al. El médico en el Estrado. Recomendaciones para comparecer como perito ante los Tribunales. Medicina Clínica**.** Barcelona. 2008: 130(14): 536-41. Disponível em https://www.sciencedirect.com/. Acesso em 22 Jan 2018.

SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014.

_____. Intervenção direta do Estado na economia: uma análise do *caput* do art. 173 da Constituição Brasileira. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.269, p.107-138, maio/agosto, 2015.

_____. Limites à Tomada de Decisão e Controle Judicial da Administração Pública**.** 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016

SOHI, S. C.; Calnan, M. Discretion or discretions? Delineating professional discretion: The case of English medical practice. Social Science & Medicine 96 (2013) 52 e 59. Disponível em htpp//www.elsevier.com/locate/socscimed. Acesso em 22 Jan 2018.

A SUBJETIVIDADE DO ENFERMEIRO EM RECUSAR-SE A REALIZAR UMA DETERMINAÇÃO MÉDICA

Iago Vasconcellos Macello Figueiredo
Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (UFF); Bacharel em Direito na Universidade Federal Fluminense (UFF); Advogado inscrito na OAB/RJ, Membro do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC) e Membro do Grupo de Direito Tributário (GDT-RJ)

Sumário: Introdução; 1. Administração Pública; 2. Subordinação na Administração Pública; 3. Aproximações e distanciamentos entre a enfermagem e a medicina; 4. Subjetividades/autonomias da Administração Pública; 5. Normas que permeiam o profissional de enfermagem; Considerações finais; Referências

Introdução

O presente artigo tem o objetivo de estabelecer uma relação entre as subjetividades que os profissionais de enfermagem possuem para recusarem-se a adotar determinações médicas, inaugurando um debate sobre a autonomia dos enfermeiros sob a ótica das normas jurídicas do ordenamento brasileiro, tendo como recorte apenas os profissionais que atuem na Administração Pública, na área da saúde.

O senso comum permite estatuir que as condições laborais na área da saúde, em especial na Administração Pública, apresentam condições desfavoráveis aos profissionais que dedicam suas vidas diariamente ao zelo e cuidado dos pacientes. Nesta oportunidade, não analisaremos se há uma maior ou menor subjetividade do enfermeiro em adotar, ou não, eventual ato administrativo em razão de suas condições de trabalho.

As normas que serão apresentadas no presente estudo são extensivas aos profissionais do campo privado, entretanto, é preciso

afirmar que existem consideráveis diferenças nas autonomias entre os profissionais que atuam na iniciativa privada e os que integram a Administração Pública.

Os enfermeiros que têm uma "estabilidade" garantida por lei estão menos suscetíveis as pressões de serem demitidos a qualquer tempo, como ocorre na iniciativa privada. Dessa forma, repise-se que o foco do presente estudo será direcionado, tão somente, aos profissionais envoltos na Administração Pública.

A partir dessa pesquisa, pretende-se definir padrões de subjetividade que estejam presentes nas normas jurídicas brasileiras que envolvam os profissionais de enfermagem, questionando se os enfermeiros, em casos práticos, podem, ou não, recusarem-se a adotar uma determinação médica, se compreenderem como necessário.

O trabalho em tela não tem a pretensão de esgotar todo o estudo da subjetividade, o que, portanto, recomenda-se a leitura da obra de André Saddy[1] para uma análise mais aprofundada do tema, principalmente em razão da robustez e equívocos doutrinários sobre a temática das subjetividades.

Nesse sentido, faz-se necessário tecer algumas considerações do que será abordado no referido artigo e, principalmente, o que não será objeto desta análise. As relações sociais envolvidas entre os médicos e os enfermeiros são tema de considerável relevância, todavia, restringiu-se este artigo meramente aos aspectos práticos descritos nas normas jurídicas e as conclusões que possam surgir a partir delas no que se refere a esta relação, buscando uma conclusão lógica entre as premissas analisadas.

Não serão abordados os aspectos sociológicos envolvidos nessa suposta hierarquia entre as mencionadas profissões, uma vez que necessitar-se-ia de volumosa pesquisa qualitativa com ambos os grupos de enfoque, o que, por óbvio, não seria possível no lapso temporal destinado a presente produção.

---

[1] SADDY, André. Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

Ademais, não serão abordados os caráteres regionais, culturais e técnicos dos profissionais de enfermagem e de medicina, tampouco a diferenciação entre os entes da Administração Pública que estes atuam, uma vez que buscar-se-á por meio das normas jurídicas o estudo da permissão, obrigação ou vedação de se adotar determinados comandos na atuação do profissional de enfermagem.

Para fins do presente artigo, entende-se como profissional de enfermagem (exclusivamente) os indivíduos habilitados para realizarem as funções da enfermagem no território nacional, por meio de inscrição ativa no Conselho Federal de Enfermagem – COFEN, não englobando os técnicos de enfermagem, tampouco os auxiliares de enfermagem.

Noutro giro, registra-se que utilizaremos as expressões "prescrições médicas", "determinações médicas" e "comandos médicos" como sinônimos, tendo o intuito de referir-se as solicitações ou eventuais comandos que o médico possa direcionar ao enfermeiro, esse, por vezes, será referido como profissional de enfermagem para dar fluidez à leitura.

Ultrapassados os objetivos e considerações iniciais, denota-se que foi adotada metodologia descritiva e dedutiva, iniciando dos aspectos mais gerais até os mais específicos, o que permite ao leitor analisar e tomar opiniões no decorrer da leitura.

Por fim, não se tem a pretensão de esgotar todos os percalços que norteiam as manifestações de vontades dos profissionais de enfermagem, entretanto, conceituaremos as peculiaridades que darão subsídios para uma maior compreensão sobre a autonomia da sua atuação na área da saúde.

1. Administração Pública

No ordenamento jurídico brasileiro, o Estado tem sua competência e atividades repartidas entre o Poder Executivo, Poder

Legislativo e o Poder Judiciário[2]. Por conseguinte, todos os componentes delimitados pela Constituição Federal atuam dentro dessas delimitações.[3]

A Administração Pública possui inúmeros sentidos[4], sendo compreendida como *"uma organização destinada ao serviço da sociedade, do bem comum e dos interesses públicos. Esses caracteres legitimam a atribuição à Administração de um conjunto de poderes, faculdades e prerrogativas de Direito Público".*[5]

No que se referem as atividades administrativas, estas são exteriorizadas pelos agentes da Administração Pública e são vistas como manifestação da vontade da própria lei, uma vez que esses agentes representam o poder de império do Estado.[6]

A Administração Pública sofre variadas pressões de diferentes camadas da sociedade, as quais fazem *lobby* por seus anseios particulares, contudo, deve-se manter os posicionamentos estatais coerente as finalidades previstas na Constituição Federal, observando-se nas decisões os critérios técnicos administrativos, conforme José Afonso da Silva estatui:

> *Administração Pública* é o conjunto de meios institucionais. Materiais, financeiros e humanos preordenados à execução das decisões políticas. Essa é uma noção simples de Administração Pública que destaca, em primeiro lugar, que é subordinada ao Poder político, em segundo lugar, que é meio e, portanto, algo de que se serve para atingir fins definidos e, em terceiro lugar,

[2] MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1362.

[3] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 39.

[4] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 39.

[5] SADDY, André. Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 17.

[6] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 334.

> denota os seus dois aspectos: um conjunto de órgão a serviço do Poder político e as operações, as atividades administrativas.[7]

Desse modo, a Administração Pública exterioriza seus interesses (públicos) por meio de ato administrativo, que possuí características próprias, conforme aduz Diogo de Figueiredo Moreira Neto, quais sejam: *"imperatividade, existência, validade, eficácia, exequibilidade, executoriedade, efetividade e relatividade".*[8]

A Administração Pública possui determinadas atribuições: *"poderes, faculdades ou prerrogativas"*[9], exprimindo suas vontades através de suas manifestações (atos, coações ou atividade técnica ou material), existindo cinco formas de vontade por meio das quais a Administração Pública exterioriza suas intenções, quais sejam: *"vinculada, conformadora ou configuradora, discricional, apreciativa ou por meio de conceitos jurídicos indeterminados."*[10].

Desse modo, adentraremos posteriormente em tópico específico acerca das subjetividades administrativas, a fim de que sejam corretamente delimitadas para aprofundamento do tema das subjetividades do profissional de enfermagem. Por conseguinte, será analisado a conceituação de "subordinação".

2. Subordinação na Administração Pública

A conceituação do vocábulo "subordinação" é de suma importância, uma vez que a relação de um superior à inferior, necessitará

---

[7] SILVA, José Afonso da. Direito constitucional positivo. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p .635.

[8] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 288.

[9] SADDY, André. Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 41.

[10] SADDY, André. Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 41/42.

das atribuições de valores e imposições legais na Administração Pública. Oscar Joseph de Plácido e Silva assevera a respeito desta delimitação conceitual:

> Do latim *subordinatio* (submissão, sujeição), seja em relação às coisas, ou às pessoas, revela sempre a condição, que lhes é imposta para que se submetam a regras ou determinações derivadas ou oriundas do regime que lhes é estabelecido. Em relação aos atos jurídicos, ou quaisquer fatos sob regime do Direito, a subordinação importa em estarem eles submetidos aos preceitos legais, que regulam a respectiva execução ou promoção. Assim, dependentes da satisfação de determinadas formalidades ou requisitos, subordinados, aliás, às regras legais, não serão legítimos nem valerão desde que a elas não se submetam. Em relação às pessoas, a subordinação importa numa subalternidade hierárquica, em virtude do que são obrigadas a cumprir as ordens e instruções regulamentares emanadas de um chefe, sob cuja dependência (subordinação) e autoridade se encontram. Em qualquer aspecto, pois, a subordinação é a submissão de coisas ou pessoas à dependência de outras, a fim de que se cumpram as ordens, as imposições, as determinações, as instruções, que delas emanem.[11]

A hierarquia entre os agentes da Administração Pública, em regra, decorrerá exclusivamente da lei, respeitando o sentido possível da literalidade da norma descrita no enunciado normativo. A subordinação (hierarquia) terá um papel de suma importância na coerência do sistema normativo e sua aplicabilidade prática.[12]

Quanto a subordinação entre os agentes públicos, é imperioso destacar que caso haja, de fato, hierarquia entre os mesmos, os atos administrativos poderão ser revistos pelo superior hierárquico,

---

[11] SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 2009.

[12] LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, p. 468.

resguardando-se à possibilidade de sanção ao agente que descumprir um comando válido de seu superior[13], conforme aduz Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> Desse princípio, que só existe relativamente às funções administrativas, não em relação às legislativas e judiciais, decorre uma série de prerrogativas para a Administração: a de rever os atos dos subordinados, a de delegar e avocar atribuições, a de punir; para o subordinado surge o dever de obediência.[14]

A subordinação não é condição exclusiva do Direito Público, sendo notória também nas relações entre particulares, um exemplo comumente ventilado é o do contrato de trabalho, tendo em vista que uma das características que configuram a relação laboral é exatamente a subordinação[15].

Nesse sentido, nas relações entre particulares percebe-se que a hierarquia é contratualmente imposta ao passo de que as normas que pressupõem um subordinação no serviço público possuem como característica natural o *imperium* da lei.[16] Nesse sentido, importante trazermos as considerações de Hely Lopes Meirelles acerca da Administração Pública, *in verbis*:

> Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer

[13] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.71.

[14] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.71.

[15] MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 87.

[16] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 69.

> tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.[17]

Diante de uma norma que pressuponha comandos de hierarquia entre os agentes da Administração Pública, decerto que o princípio hierárquico se mostrará presente, de modo que as funções administrativas serão realizadas a partir de um sistema de distribuição de comandos de autoridade, como bem estatui Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

> Este princípio diz respeito, assim, à coordenação e à subordinação desses entes, órgãos e agentes entre si e à distribuição escalonada das respectivas funções, com o objetivo de estabelecer uma progressiva sequência de autoridade, de modo a harmonizar os esforços, ordenar as atuações, fiscalizar as atividades e corrigir as irregularidades.[18]

Nessa perspectiva, indubitável que a subordinação administrativa não contempla grandes complexidades de compreensão, uma vez que pugna por norma expressa que determine qual o agente, em função do cargo, ou não, será atribuído autoridade para ditar comandos através de seus atos administrativos.

Diante deste cenário qualquer recusa em adotar um comando de um outro agente público deve ser justificado na lei.[19] Inexistindo qualquer previsão legal de uma subordinação posta, far-se-á necessário analisar as subjetividades normativas envolvidas na atuação do profissional de enfermagem.

---

[17] MEIRELLES. Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 87 *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Pauto: Malheiros Editores, 2010, p.76.

[18] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 179.

[19] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Pauto: Malheiros Editores, 2010, p. 348.

3. Aproximações e distanciamentos entre a enfermagem e a medicina

Indubitável que a enfermagem e a medicina são complementares e caminham lado a lado na busca de um único objetivo, qual seja: *"prestação de serviços à pessoa, família e coletividade, no seu contexto e circunstâncias de vida"*[20]. É notório a enorme importância destas profissões, principalmente, tratando-se do sistema de saúde caótico brasileiro.

Nesse sentido, o profissional de enfermagem coabita o mesmo ambiente hospitalar que os profissionais de medicina, todavia, existem fatores que potencializam ou restringem a autonomia do enfermeiro.[21]

Os profissionais de enfermagem aduzem sobre uma subordinação implícita na atuação diária dos hospitais e clinicas.[22] Ademais, são de conhecimento público os inúmeros casos que foram noticiados na mídia envolvendo discussões e ofensas entre os mencionados profissionais da área da saúde, de modo que estão intrínsecos no senso comum determinados preconceitos acerca de uma suposta inferioridade técnica do enfermeiro face ao médico.[23]

---

[20] BRASIL, Resolução do Conselho Federal de Enfermagem - COFEN nº 564 de 6 de novembro de 2017. "Aprova o novo Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem." Disponível em <http://www.cofen.gov.br/resolucao-cofen-no-5642017_59145.html> acesso em 27.03.2019.

[21] BONFADA, Mônica Strapazzon. PINNO, Camila. CAMPONOGARA, Silviamar. Potencialidades e Limites da Autonomia do Enfermeiro em Ambiente Hospitalar.: Rev enferm UFPE on-line, Recife, ago., 2018, p. 2241.

[22] OLIVEIRA, Maria Amélia de Campos. Autonomia da enfermeira na Atenção Primária: das práticas colaborativas à prática avançada. Acta paul. enferm. vol.31 no.6 São Paulo Nov./Dec. 2018, p. 5.

[23] Disponível em <https://g1.globo.com/educacao/guia-de-carreiras/noticia/enfermeiros-x-medicos-alunos-de-enfermagem-debatem-rivalidade-entre-as-profissoes.ghtml> acesso em: 15 de set. 2019. Disponível em <http://www.cofen.gov.br/medico-que-xingou-e-agrediu-tecnica-de-enfermagem-e-condenado_36573.html> acesso em 15 de set. 2019. Disponível em:

Apesar desses paradigmas entre ambas as profissões, a contribuição da enfermagem para a evolução do conhecimento cientifico permitiu grandes conquistas na área da saúde, as quais nem sempre são reconhecidas.[24]

A utilização de protocolos[25] e adoção de métodos específicos para promover autonomia dos profissionais de enfermagem contribuem para a sensação de reconhecimento dos mesmos, conforme os seguintes métodos:

> Sistematização da Assistência de Enfermagem (SAE); a classificação dos pacientes em serviços de urgência e emergência; o conhecimento técnico-científico; a experiência profissional; a valorização profissional; relações interpessoais e a satisfação no trabalho.[26]

As aproximações entre ambas as profissões são justificáveis pela imensa importância que possuem na área da saúde, de forma que o sentimento de valorização do trabalho do enfermeiro está diretamente ligado ao percentual de autonomia que este dispõe na realização de suas atividades laborais.[27]

<https://super.abril.com.br/comportamento/pelo-fim-do-bullying-de-medicos-contra-enfermeiros/> acesso em 15 de set. 2019.

[24] RIBEIRO, Jorge Manuel da Silva. Autonomia profissional dos enfermeiros. Rev. Enf. Ref. vol. III nº.5 Coimbra dez. 2011, p.1.

[25] Os protocolos consistem em determinar diretrizes que norteiem e qualifiquem as práticas que serão adotadas pelos enfermeiros. Conforme dispõe o Manual de diretrizes para elaboração de protocolos de enfermagem na atenção primária à saúde pelos Conselhos Regionais. Disponível em <http://www.cofen.gov.br/wp-content/uploads/2019/03/Diretrizes-para-elabora%C3%A7%C3%A3o-de-protocolos-de-Enfermagem-.pdf> Acesso em 14 de set. 2019.

[26] BONFADA, Mônica Strapazzon, PINNO, Camila. CAMPONOGARA, Silviamar. Potencialidades e Limites da Autonomia do Enfermeiro em Ambiente Hospitalar. Rev. Enfermagem: Recife, UFPE *online*, ago., 2018, p. 2241.

[27] BONFADA, Mônica Strapazzon, PINNO, Camila. CAMPONOGARA, Silviamar. Potencialidades e Limites da Autonomia do Enfermeiro em Ambiente Hospitalar. Rev. Enfermagem: Recife, UFPE *online*, ago., 2018, p. 2242.

Em contrapartida, Maria Amélia de Campos Oliveira afirma que o prestigio da medicina não é compatível ao que é empregado aos enfermeiros, de forma que na atuação diária do profissional de enfermagem se demonstra esse distanciamento, principalmente, pela própria percepção dos enfermeiros que atuam no dia-a-dia dos hospitais.[28]

Extremamente árduo é a construção de imbuir nos profissionais de enfermagem o sentimento de que as normas jurídicas lhe proporcionam uma significativa autonomia em sua atuação. As normas dentro do direito positivo brasileiro cumprem excelente papel em atribuir autonomia aos profissionais de enfermagem, o que, em tese, garantir-lhes-ia uma melhor atuação, conforme analisaremos no próximo tópico.

4. Subjetividades/Autonomias da Administração Pública

No decorrer do presente estudo, em que pese não ter sido escolhido o método de pesquisa empírica, foram constatados depoimentos de enfermeiros(as) que comentaram acerca de suas experiências em recusarem-se a adotar um comando médico. Ainda que não tenham sido catalogados no presente artigo tais depoimentos, convém exemplificar estas situações práticas, as quais, porventura, podem ocorrer no cotidiano do profissional de enfermagem.

Nesse sentido, a título de ilustração, demonstra-se que as subjetividades ocorridas no dia-a-dia do profissional de enfermagem: No primeiro caso, a enfermeira-chefe de uma Unidade de Pronto Atendimento – UPA, do Estado do Rio de Janeiro, recusou-se em permitir que um determinado enfermeiro, de sua equipe, acompanhasse um paciente na ambulância no percurso da UPA até o hospital mais próximo.

Denota-se que a escolha do profissional de enfermagem que acompanharia o enfermo havia sido realizada pelo médico, contudo, a

[28] OLIVEIRA, Maria Amélia de Campos. Autonomia da enfermeira na Atenção Primária: das práticas colaborativas à prática avançada. Acta paul. enferm. vol.31 no.6 São Paulo Nov./Dec. 2018, p. 5.

gerência daquela equipe de enfermeiros cabia tão somente a enfermeira-chefe daquele setor. Desse modo, a contrassenso da solicitação médica, foi designada outra enfermeira para tal finalidade, uma vez que o enfermeiro determinado pelo médio detinha mais experiência naquele setor e não existia necessidade dele acompanhar um deslocamento simples que pudesse ser realizado por outro profissional com menos vivência prática.

Noutra situação, convém trazer ao presente estudo a situação em que a enfermeira compreendendo que a medicação prescrita pelo médico estava em dissonância com os sintomas do paciente, recusou-se a medicar o paciente.

Ato contínuo, o responsável pela equipe médica foi acionado para dirimir o embate que se prosseguiu entre o médio e a enfermeira, o que, em sequência, foi dado razão à enfermeira pelo supervisor daquele, em conjunto da supervisora do setor de enfermagem.

Os eventos acima mencionados ilustram a subjetividade[29] do profissional de enfermagem em exteriorizar sua vontade. A Administração Pública poderá manifestar sua vontade (*por meio de atos, coação ou atividade técnica ou material*)[30] utilizando-se de pelo menos uma forma de subjetividade na sua atuação.

---

[29] A subjetividade ou autonomia pública caracteriza-se como a margem de liberdade existente em qualquer ação e apresenta distintos níveis quando estudada sob o enfoque do Estado. Assim, trata-se de forma de exteriorização da vontade administrativa. Cada uma das atribuições administrativas, também, denominadas poderes, faculdades ou prerrogativas públicas, possui uma margem para sua aplicação. Isso significa que a Administração, quando manifesta sua vontade, seja por meio de atos, coação ou atividade técnica ou material, estará utilizando uma margem que se caracteriza por uma subjetividade ou autonomia pública atribuída de quatro formas: discricionariedade administrativa em seu sentido técnico- -jurídico; liberdade de conformação ou de configuração; margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados; e apreciatividade administrativa. (SADDY, André. Discricionariedade e jurisdição constitucional/supranacional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018, p. 131.)

[30] SADDY, André. Discricionariedade e jurisdição constitucional/supranacional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018, p. 131.

Dentro do escopo das subjetividades, convém aduzir que a discricionariedade administrativa, a liberdade de conformação, a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados e a apreciatividade administrativa são as quatro formas de subjetividade, as quais concedem uma margem interpretativa ao agente público na tomada de decisão.[31]

A liberdade de conformação, também conhecida como liberdade de configuração, representa a margem de liberdade de criação de normas jurídicas, ou seja, a Administração Pública tem a opção de realizar, ou não, uma atividade legiferante, de modo que se trata de um ato administrativo de criação.[32] A subjetividade descrita como liberdade de conformação não é ilimitada, todavia, possuí grande margem de criação, resguardando a possibilidade de existir controle judicial nas normas jurídicas inauguradas no ordenamento jurídico brasileiro.[33]

A margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados coaduna com a vagueza do suporte textual normativo, desse modo, há uma zona de incerteza no conceito jurídico que se quer exprimir um significado.[34] Sendo assim, a Administração Pública diante de um conceito jurídico indeterminado será imbuída de uma "margem" para conceituar aquele signo (suporte textual), uma vez que a partir de um processo hermenêutico dever-se-á atribuir um significado àquela norma.[35]

Dentre as subjetividades que permeiam a Administração Pública, sem sombra de dúvidas que a discricionariedade administrativa (em seu

---

[31] SADDY, André. Discricionariedade e jurisdição constitucional/supranacional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018, p. 132/133.

[32] SADDY, André. Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 29/31.

[33] SADDY, André. Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 29/31.

[34] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 97/98.

[35] SADDY, André. Discricionariedade e jurisdição constitucional/supranacional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018, p. 132/133.

sentido técnico-jurídico) detém a maior atecnia em sua conceituação, em razão de sua utilização como sinônimo de subjetividade/autonomia, o que, indubitavelmente, não observa a melhor delimitação de sua nomenclatura[36].

Ato contínuo, delimitar a atuação discricionária do agente público sempre será importante para a observância principiológica do Direito Administrativo, porque dentre as alternativas válidas a serem escolhidas pelo agente, a proporcionalidade, razoabilidade, moralidade e eficiência sempre devem se mostrar presentes.[37]

Existem situações em que a margem de escolha do agente público entre as opções impostas pela norma será consideravelmente reduzida, de modo que o agente público deverá optar pela opção que melhor se adeque ao caso concreto, reduzindo significativamente a margem de subjetividade do agente.[38]

Por fim, a apreciatividade se apresenta com pouca familiaridade na doutrina jurídica se comparada com as demais formas de subjetividades já mencionadas, mas, certamente, possui notória importância no Direito Administrativo para finalidade que se propõe estudar (subjetividade). Sendo assim, no percurso que decorreu à tomada de decisão do agente público, a apreciatividade, em regre, foi utilizada para sopesar os critérios de sua decisão[39].

Apresentadas as subjetividades que permeiam os agentes da Administração Pública, acredita-se que a análise das subjetividades que envolvem os profissionais de enfermagem se mostrará mais hialina e retilínea.

---

[36] SADDY, André. Discricionariedade e jurisdição constitucional/supranacional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018, p. 132/133.

[37] SADDY, André. Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 136/137.

[38] SADDY, André. Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 141.

[39] SADDY, André. Discricionariedade e jurisdição constitucional/supranacional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018, p. 133.

Desse modo, as subjetividades do(a) enfermeiro(a) em recusar-se a adotar uma determinação médica serão pormenorizadas em atenção as normas que compõe esse microssistema da área da saúde, em atenção as subjetividades arguidas nesse tópico.

5. Normas que permeiam os profissionais de enfermagem

Destaca-se que desde 1973 a União Federal já tutelava os profissionais de enfermagem através da determinação de criação dos Conselhos federais e regionais de enfermagem, nos termos da Lei Federal nº 5.905, de 12 de julho de 1973.[40]

Desse modo, o Conselho Federal ficou responsável pela criação do "código de ética da enfermagem", conforme expresso no art. 8º, III da Lei 5.905/73, vejamos: *"elaborar o Código de Deontologia de Enfermagem e alterá-lo, quando necessário, ouvidos os Conselhos Regionais"*.

Atualmente as normas que permeiam o exercício da enfermagem no Brasil são regulamentadas pela lei federal nº 7.498, de 25 junho de 1986, determinando quais são as atividades privativas do enfermeiro, *in verbis*:

> Art. 11. O Enfermeiro exerce todas as atividades de enfermagem, cabendo-lhe:
> I - privativamente:
> a) direção do órgão de enfermagem integrante da estrutura básica da instituição de saúde, pública e privada, e chefia de serviço e de unidade de enfermagem;
> b) organização e direção dos serviços de enfermagem e de suas atividades técnicas e auxiliares nas empresas prestadoras desses serviços;

[40] BRASIL, Lei Federal nº 5.905, de 12 de julho de 1973. "Dispõe sobre a criação dos Conselhos Federal e Regionais de Enfermagem e dá outras providências." Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5905.htm> acesso em 27 de jul. 2019.

> c) planejamento, organização, coordenação, execução e avaliação dos serviços da assistência de enfermagem;
> (...)
> h) consultoria, auditoria e emissão de parecer sobre matéria de enfermagem;
> i) consulta de enfermagem;
> j) prescrição da assistência de enfermagem;
> l) cuidados diretos de enfermagem a pacientes graves com risco de vida;
> m) cuidados de enfermagem de maior complexidade técnica e que exijam conhecimentos de base científica e capacidade de tomar decisões imediatas;[41] *(g.n)*

Dessa forma, demostra-se que existe norma expressa acerca das atividades que devem ser realizadas sem a intervenção de outros profissionais, visto que a própria lei atribui aos enfermeiros prerrogativas inerentes à sua profissão, bem como preceitua a obrigação da autonomia na atuação do profissional em comento:

> Art. 1º Exercer a Enfermagem com liberdade, segurança técnica, científica e ambiental, autonomia, e ser tratado sem discriminação de qualquer natureza, segundo os princípios e pressupostos legais, éticos e dos direitos humanos.[42]

Ato contínuo, a União Federal regulamentou a lei supramencionada a partir do Decreto nº 94.406, de 8 junho de 1987[43],

---

[41] BRASIL, Lei Federal nº 7.498, de 25 de junho de 1986. "Dispõe sobre a regulamentação do exercício da enfermagem, e dá outras providências.". Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7498.htm> Acesso em 27 de Jul. 2019.

[42] BRASIL, Resolução do Conselho Federal de Enfermagem - COFEN nº 564 de 6 de novembro de 2017. "Aprova o novo Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem." Disponível em <http://www.cofen.gov.br/resolucao-cofen-no-5642017_59145.html> acesso em 27.03.2019.

[43] BRASIL, Decreto Federal nº 94.406, de 8 de julho de 1987. "Regulamenta a Lei nº 7.498, de 25 de junho de 1986, que dispõe sobre o exercício da enfermagem, e dá

dispondo sobre o exercício da enfermagem no território brasileiro. O referido decreto, sob à ótica da lei 7.498/86, manteve incólume as atividades privativas dos profissionais de enfermagem.

Importante destacar que com o passar dos anos e o desenvolvimento das atividades dos profissionais de enfermagem, a legislação sobre a matéria fática também foi se atualizando, conforme a recente alteração realizada pela Resolução COFEN nº 564/2017 (Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem).

Nesse ínterim, resta claro que o mencionado Código de Ética atribui relevantes subjetividades à atuação dos profissionais de enfermagem, considerando desde a relação dos princípios, bem como na formulação dos artigos, impondo a autonomia como requisito central na atuação do profissional de enfermagem.[44]

O Código de Ética da Enfermagem, em seu capítulo II (Dos Deveres), também estatui normas que asseguram aos enfermeiros subjetividades em sua atuação do dia-a-dia, sendo assim, analisaremos quais normas propiciam as subjetividades do profissional de enfermagem em possuir uma margem de subjetividade para sua tomada de decisão e, ainda, se existe alguma subordinação que obrigue o enfermeiro adotar uma determinação médica.

Diante deste cenário, observa-se que o ordenamento jurídico brasileiro prescreveu comandos normativos que asseguram a atuação dos enfermeiros no território nacional, de modo que o Estado brasileiro reconheceu o protagonismo da enfermagem como sendo uma profissão dotada de autonomia.

---

outras providências." Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D94406.htm> Acesso em 27 de Jul. 2019.

[44] BRASIL, Resolução do Conselho Federal de Enfermagem - COFEN nº 564 de 6 de novembro de 2017. "Aprova o novo Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem." Disponível em <http://www.cofen.gov.br/resolucao-cofen-no-5642017_59145.html> Acesso em 27 de Mar. 2019.

Existem comandos prescritivos acerca de ações (com margem subjetiva) a ser adotada pelo agente público que exerça a referida profissão. Verifica-se que as normas jurídicas propiciam ao profissional de enfermagem adotar determinadas decisões baseadas numa maior segurança jurídica, sendo assim, a autonomia é imposta pela própria lei.

Dessa forma, cada artigo que prescreva um comando normativo ao profissional de enfermagem deverá ser analisado individualmente a fim de que seja verificado sua estrutura normativa, tendo em vista que esta possuí três partes:

> "(...) uma previsão (hipótese), que reporta às condições do sentido de dever ser; um operador deôntico, relativo à modalidade de dever ser que a norma incorpora; e uma estatuição (consequência jurídica), elemento relativo ao campo de incidência do sentido do dever ser. Dessa forma, uma norma é a conjugação estrutural desses três elementos[45]

A hipótese normativa, em observância do operador deôntico, deverá(ão) aplicar a(s) consequência(s) jurídica(s) prevista(s) na norma. Noutras hipóteses, os conceitos jurídicos indeterminados determinaram uma forma de "discricionariedade" (leia-se subjetividade) a partir da vagueza das palavras, conforme estatui Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> Discricionariedade existe também com relação a certas infrações que a lei não define; é o caso do "procedimento irregular" e da "ineficiência no serviço", puníveis com pena de demissão, e da "falta grave", punível com suspensão; são expressões imprecisas, de modo que a lei

[45] SADDY, ANDRÉ. Intervenção direta do Estado na economia: uma análise do caput do art. 173 da Constituição brasileira. RDA – revista de direito administrativo, rio de Janeiro, v. 269, maio/ago 2015, p. 114.

> deixou à Administração a possibilidade de enquadrar os casos concretos em urna ou outra dessas infrações.[46]

Ato contínuo, observa-se que o Código de Ética de Enfermagem, nos artigos nºs 13, 21, 46, §1º e §2º, 47 e 59[47], dispõem sobre algumas das mais importantes subjetividades que o profissional de enfermagem detém. Confira-se:

> **Art. 13 Suspender as atividades**, individuais ou **coletivas**, quando o local de trabalho não oferecer condições seguras para o exercício profissional e/ou desrespeitar a legislação vigente, ressalvadas as situações de urgência e emergência, devendo formalizar imediatamente sua decisão por escrito e/ou por meio de correio eletrônico à instituição e ao Conselho Regional de Enfermagem.
> **Art. 21 Negar-se a ser filmado**, fotografado e exposto em mídias sociais durante o desempenho de suas atividades profissionais.
> **Art.46** - **Recusar-se a executar** prescrição de Enfermagem e Médica na qual não constem assinatura e número de registro do profissional prescritor, exceto em **situação de urgência e emergência**.
> **§ 1º** O profissional de Enfermagem deverá **recusar-se a executar prescrição de Enfermagem e Médica em caso de identificação de erro e/ou ilegibilidade da mesma,** devendo esclarecer com o prescritor ou outro profissional, registrando no prontuário.
> **§ 2º** É **vedado** ao profissional de Enfermagem o cumprimento de prescrição à distância, **exceto em casos de urgência e emergência e regulação**, conforme Resolução vigente.

---

[46] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 133.

[47] BRASIL, Resolução do Conselho Federal de Enfermagem - COFEN nº 564 de 6 de novembro de 2017. "Aprova o novo Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem." Disponível em <http://www.cofen.gov.br/resolucao-cofen-no-5642017_59145.html> acesso em 15 de set. 2019.

> **Art. 47 Posicionar-se contra**, e denunciar aos órgãos competentes, ações e procedimentos de membros da equipe de saúde, quando houver risco de danos decorrentes de imperícia, negligência e imprudência ao paciente, visando a proteção da pessoa, família e coletividade.
> **Art. 59** Somente aceitar encargos ou atribuições **quando se julgar técnica**, científica e legalmente apto para o desempenho seguro para si e para outrem.

Decerto que todas as normas jurídicas citadas acima possuem a Apreciatividade, uma vez que permitem ao profissional de enfermagem eleger critérios de interpretação, pesos e medidas para realizar sua atuação diária, bem como para definir se a situação concreta se encontra na zona de certeza ou de incerteza, a fim de que seja adotado um ato administrativo.

A discricionariedade encontra-se nas prescrições normativas que permitem ao profissional de enfermagem optar (dentro de critérios válidos) entre duas ou mais opções, sopesado seus próprios critérios.

Indubitável que os signos *"urgência e emergência"* carregam conceitos jurídicos indeterminados, os quais possuem significados que variam de acordo com o interprete da norma jurídica, ou seja, o profissional de enfermagem detém margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados para adotar sua atuação.

A preocupação com a autonomia dos enfermeiros se mostra primordial no Código de Ética de Enfermagem, como bem preceitua o artigo 1º do referido código. A relação entre os agentes públicos que atuam dentro da mesma área laboral carregam consigo toda influência de um contexto social, além, ainda, de se adequarem as características da localidade do trabalho (espaço), os indivíduos que são atendidos (sujeitos) e o momento em que as atuações ocorrem (tempo)[48].

[48] DE MELO, Cristina Maria Meira. FLORENTINO, Tatiane Cunha. MASCARENHAS, Nildo Batista. MACEDO. Karolline Santos. SILVA. Mariana Costa da. MASCARENHAS, Sara Novaes. Autonomia profissional da enfermeira: algumas reflexões. Salvador: Escola Anna Nery, 2016, p. 2.

Diante deste cenário, utilizando o rol exemplificativo mencionado anteriormente, percebe-se as normas obrigam, permitem ou vedam determinadas atitudes do profissional de enfermagem.

O art. 13 da Resolução do COFEN nº 564/2017 determina que sejam suspensas as atividades de enfermagem em caso de condições inseguras aos pacientes e/ou profissionais, além, ainda, do desrespeito à legislação vigente. Dessa forma, verifica-se que há uma discricionariedade do agente público suspender ou não as atividades, sob à ótica da urgência e emergência.

Desse modo, é certo que a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados acompanhará, em regra, a subjetividade do profissional de enfermagem no que se refere aos conceitos de *"urgência"* e *"emergência"*, impondo-lhe uma análise na situação concreta.

Posteriormente, o artigo 21 da Resolução do COFEN nº 564/2017 permite ao enfermeiro se negar a ser filmado, fotografado e exposto em mídias sociais durante o desempenho de suas atividades profissionais, ou seja, ainda que o médico permita a gravação de sua atividade, esta autorização deverá ser precedida por expressa anuência do enfermeiro caso ambos estejam no mesmo atendimento.

Ato contínuo, verifica-se que no caput do artigo 46 e no § 1º da Resolução do COFEN nº 564/2017 permite ao profissional de enfermagem recusar-se a executar prescrição médica na qual não constem assinatura e/ou número de registro do profissional prescritor, além, ainda, no caso de ilegibilidade do documento.

Dessa forma, cabe exclusivamente ao profissional de enfermagem verificar se realiza ou não a prescrição médica em caso de ausência de assinatura, número de registro e ilegibilidade do documento prescritor.

Nesse sentido, a apreciatividade se mostra evidente no sopesamento dos critérios intrínsecos do profissional de enfermagem em adotar este comando, bem como a discricionariedade do enfermeiro em optar ou não na adoção da prescrição médica, uma vez que "recusar-se"

é uma condição não impositiva. Repisa-se que o conceito jurídico indeterminado de urgência e emergência se aplica ao caso, conforme já mencionado.

Dentre as subjetividades expostas, o § 1º do art. 46 do Código de Ética da Enfermagem categoricamente garante ao profissional de enfermagem grande autonomia em sua autuação, uma vez que é expressa a permissão de recusa-se a executar prescrição médica em caso de identificação de erro.

O §2º do referido artigo 46 estatui que é defeso ao profissional de Enfermagem o cumprimento de prescrição à distância, excetuando os casos de urgência e emergência ou que sejam objeto de regulamentação própria.

A existência de risco de danos decorrentes de imperícia, negligência e imprudência ao paciente será objeto contínuo da apreciação do enfermeiro durante a atuação do profissional de medicina, visando a proteção da pessoa, família e coletividade, nos termos do art. 47 do Código de Ética de Enfermagem.

Por derradeiro, cumpre salientar que o artigo 59 do Código de Ética de Enfermagem permite ao enfermeiro somente aceitar encargos ou atribuições quando se julgar tecnicamente, cientificamente e legalmente apto para o desempenho da sua atuação de forma segura para si e para outrem.

Registra-se que cabe ao profissional de enfermagem em atenção as subjetividades implícitas nas normas jurídicas acima mencionadas, verificar, autonomamente, as questões que envolvam sua atuação profissional.

Isto posto, hialina são as normas que confirmam as subjetividades do profissional de enfermagem na atuação de seu labor. Portanto, convém tecer breves comentários nas considerações finais, as quais levarão em consideração todo o disposto no presente artigo.

Considerações finais

As subjetividades dos profissionais de enfermagem têm como cerne a autonomia de sua atuação em relação ao profissional de medicina, uma vez que as relações entre os médicos e os enfermeiros carregam aspectos culturais arraigados na sociedade brasileira. Acredita-se numa hierarquia do médico em detrimento do enfermeiro pelo senso comum.

Todavia, sob a ótica da Administração Pública, pressupõe que as relações entre os seus administrados estejam previstas em lei. Portanto, para existir qualquer subordinação entre os profissionais objeto deste artigo necessitar-se-ia de expressa previsão legal.

Nesse sentido, convém rememorar que no ordenamento jurídico brasileiro existem inúmeras normas que possibilitam aos profissionais de enfermagem se resguardarem de comandos médicos arbitrários durante sua atuação na área da saúde, uma vez que são latentes as subjetividades postas em lei.

Dentro do estudo das subjetividades, confirma-se que a discricionariedade, apreciatividade e margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados encontram-se abrigados nas normas analisadas anteriormente.

Dessa forma, verificou-se que o enfermeiro detém considerável autonomia para recusar-se a adotar uma prescrição médica em determinadas situações. Este cenário registra que existem casos corriqueiros que são enfrentados pelo profissional de enfermagem na atuação da Administração Pública.

Destaca-se que o conhecimento acerca das normas que versam sobre a autonomia dos enfermeiros é condição *sine qua non* para permitir que, numa questão fática, o profissional, possa exercer o seu direito de recusa.

Ademais, o presente artigo propôs-se analisar se o profissional de enfermagem pode recusar-se a adotar uma determinação médica, sendo certo que há previsão normativa expressa que autoriza este profissional

em não realizar uma prescrição do profissional de medicina, em observâncias as hipóteses previstas no ordenamento jurídico pátrio acima analisadas.

Diante de todo o exposto, não há que se falar em hierarquia entre os profissionais de enfermagem e os de medicina, uma vez que somente a partir de lei esta afirmação seria válida, o que, no presente estudo, não verificou-se na legislação brasileira.

Referências

ALBINO, Rubia Maria. GROSSEMAN, Suely. RIGGENBACH, Viviane. Classificação de risco: uma necessidade inadiável em um serviço de emergência de qualidade. Arquivos Catarinenses de Medicina, 2007. v. 36, n. 4, p. 6.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso: 19 de Jul. 19.

BRASIL. Resolução do Conselho Federal de Enfermagem - COFEN nº 564**,** de 6 de novembro de 2017. "Aprova o novo Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem." Disponível em <http://www.cofen.gov.br/resolucao-cofen-no-5642017_59145.html> acesso em 28 de Jul. 2019.

BRASIL. Decreto Federal nº 94.406, de 8 de julho de 1987. "Regulamenta a Lei nº 7.498, de 25 de junho de 1986, que dispõe sobre o exercício da enfermagem, e dá outras providências." Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D94406.htm> acesso em 27 de Jul. 2019.

BRASIL. Lei Federal nº 5.905, de 12 de julho de 1973. "Dispõe sobre a criação dos Conselhos Federal e Regionais de Enfermagem e dá outras providências." Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5905.htm> acesso em 27 de Jul. 2019.

BRASIL. Resolução nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Brasília, 2010. Código de Ética Médica. Disponível em: <https://www.ghc.com.br/files/codigo%20de%20etica%20medica.pdf> Acesso em: 05 de Ago. 19.

BROWN, Theresa. Pelo fim do bullying de médicos contra enfermeiros. Super Interessante, 2011. Disponível em <https://super.abril.com.br/comportamento/pelo-fim-do-bullying-de-medicos-contra-enfermeiros/> Acesso em 15 de Set. 2019.

BONFADA, Mônica Strapazzon, PINNO, Camila. CAMPONOGARA, Silviamar. Potencialidades e Limites da Autonomia do Enfermeiro em Ambiente Hospitalar. Rev. Enfermagem: Recife, UFPE *online*, ago., 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

COFEN. Médico que xingou e agrediu técnica de Enfermagem é condenado, 2015. Disponível em <http://www.cofen.gov.br/medico-que-xingou-e-agrediu-tecnica-de-enfermagem-e-condenado_36573.html> Acesso em 15. de Set. 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DE MELO, Cristina Maria Meira. FLORENTINO, Tatiane Cunha. MASCARENHAS, Nildo Batista. MACEDO, Karolline Santos. SILVA, Mariana Costa da. MASCARENHAS, Sara Novaes. Autonomia profissional da enfermeira: algumas reflexões. Salvador: Escola Anna Nery, 2016.

FARAJADO, Vanessa. Enfermeiros x médicos: alunos de enfermagem debatem rivalidade entre as profissões, G1, 2017. Disponível em <https://g1.globo.com/educacao/guia-de-carreiras/noticia/enfermeiros-

x-medicos-alunos-de-enfermagem-debatem-rivalidade-entre-as-profissoes.ghtml> acesso em 15. de Set. 2019.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. Curso de Direito Constitucional Brasileiro. Vol. I. São Paulo: Revista Forense, 1958.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Pauto: Malheiros Editores, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SADDY, André. Discricionariedade e jurisdição constitucional/supranacional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018.

SADDY, André. Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SADDY, André. Limites à Tomada de Decisão e Controle Judicial da Administração Pública**.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SADDY, André. Intervenção direta do Estado na economia: uma análise do *caput* do art. 173 da Constituição Brasileira. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.269, p.107-138, maio/agosto, 2015.

SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014.

SILVA, José Afonso da. Direito constitucional positivo. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, de Plácido e. Vocabulário Jurídico. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Maria Amélia de Campos. Autonomia da enfermeira na Atenção Primária: das práticas colaborativas à prática avançada. Acta paul. enferm. vol.31 no.6 São Paulo Nov./Dec. 2018.