

Versão em Português

Refus de soins et actualité sur le droit de malade

Stéphane Brissy, Anne Laude, Didier Trabuteau
(organizadores), Paris, Presses de l'Ehesp, 2012

Resenha por: Clémentine Lequillier*

Introdução: a recusa de atendimento na França

O princípio do acesso livre e igualitário aos cuidados de saúde,⁽¹⁾ que “faz parte integral do direito à proteção da saúde”,⁽²⁾ hoje pode ser considerado como efetivado e constantemente reafirmado.⁽³⁾ Ao mesmo tempo, sua eficácia é sempre questionada, apesar da criação de uma cobertura universal de saúde (*couverture maladie universelle* – CMU, em francês)⁽⁴⁾ e da assistência médica pública (*aide médicale de l'Etat* – AME, em francês).⁽⁵⁾ A deficiência na oferta de atendimento,⁽⁶⁾ a recusa por parte dos pacientes em serem tratados – principalmente em razão dos altos custos, fenômeno exarcebado em um contexto de crise econômica – e a negativa de atendimento por parte dos profissionais da saúde são, de fato, barreiras para o acesso aos cuidados de saúde.

¹ No contexto europeu, é bom destacar que entende-se por “acesso aos cuidados de saúde” como o “o acesso aos cuidados de saúde nos países da União Europeia”. Ver diretiva 2011/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu de 9 de março de 2011 que trata da aplicação dos direitos dos pacientes em questões de cuidados de saúde transfronteiriços. Além disso, o acesso aos cuidados deverá ser acompanhado de acesso aos medicamentos. Ver BRISSY, S.; LAUDE, A.; TABUTEAU, D. (Dir.). *Refus de soins et actualités sur les droits des malades*. Paris: Presses de l'Ehesp, 2012. p. 55 et s.

² LAUDE, A.; MATHIEU, B.; TABUTEAU, D. *Droit de la santé*. Paris: Thémis PUF, 2012. p. 308. Ver também FEUILLET, B. L'accès aux soins, entre promesse et réalité. *Revue de Droit Sanitaire et Social*, n. 4, p. 713 et s., 2008.

³ Lei n° 2009-879, de 21 de julho de 2009, de reforma hospitalar e atendimento aos pacientes nos territórios ultramarinos, chamada Lei HPST.

⁴ A cobertura universal de saúde foi criada pela Lei n° 99-641, de 27 de julho de 1999. Seu artigo 1° afirma que “está disponível para os residentes na França metropolitana e nos departamentos ultramarinhos, uma cobertura que garante a todos os cidadãos os cuidados de saúde dentro de um regime de assistência para a saúde e que garante às pessoas com recursos escassos o direito a uma assistência complementar”.

⁵ A Lei n° 99-641 também instituiu a assistência médica do Estado, “dispositivo que permite aos estrangeiros em situação irregular se beneficiarem do acesso aos cuidados de saúde, desde que preenchidas certas condições”.

⁶ Pode-se questionar se essa dificuldade não poderia ser amenizada pela telemedicina.

* Doutoranda, Instituto de Direito e Saúde. Paris – França. E-mail: c.lequillier@wannado.fr

Texto recebido em 05/06/2013. Aprovado em 17/07/2013.

O Instituto Direito e Saúde, em uma parceria com a Conferência Nacional da Saúde,⁽⁷⁾ elaborou o estudo *Refus de soins et actualité sur le droit de malade* ("A recusa de atendimento e a atualidade do direito do paciente") que trata desse fenômeno. O estudo tem como foco os aspectos legais da questão e se propõe a apresentar uma nova abordagem sobre o tema, normalmente analisado a partir da perspectiva⁽⁸⁾ da negativa do paciente em se tratar. Limitando sua análise à relação entre o doente e o profissional da saúde (ou estabelecimento de saúde), a pesquisa define a negativa de atendimento como "todo comportamento que conduz, direta ou indiretamente, a uma falta de cuidados ou tratamentos adequados à situação do paciente".⁽⁹⁾

Após definirem uma tipologia de casos de negativa de atendimento, os autores – *Stéphane Brissy, Anne Laude e Didier Trabuteau* – dedicam-se à análise jurídica dessas negativas.⁽¹⁰⁾ A obra se mostra uma ferramenta propícia para estudarmos a efetividade das regras de direito que podem ser aplicadas nos casos de recusa de atendimento, como os abordados na publicação, sob à luz do princípio do acesso livre e igualitário aos cuidados de saúde. A afirmação desse princípio faz pensar que nenhuma negativa de atendimento será imposta ao doente. O direito positivo apresenta, no entanto, uma solução diferente, admitindo, em certas circunstâncias, a legalidade da negativa. Longe de ser ignorado pelo direito, a recusa de cuidados, lícita (I) ou não (II), faz parte do cenário jurídico. O direito oferece um suporte legal às situações onde há negativas de atendimento lícitas e pune aquelas consideradas ilícitas. No entanto, a questão que surge é até que ponto as regras de direito aplicáveis ao assunto permitem assegurar um acesso real aos cuidados de saúde.

I. O quadro jurídico para a negativa de atendimento lícita

Contrariamente ao que se pensa, "o direito positivo não garante ao doente a existência de um direito aos cuidados de saúde, imposto a todos os profissionais da área, a ser exigido em quaisquer circunstâncias".⁽¹¹⁾

⁷ Artigo L. 1411-3 do Código de Saúde Pública: "A Conferência Nacional de Saúde (CNS), organismo consultivo ligado ao Ministério da Saúde, tem por objetivo permitir a discussão de questões de saúde (...); elaborar, a partir dos relatórios produzidos pelas conferências regionais, um relatório anual endereçado ao ministro da Saúde sobre o respeito aos direitos dos usuários do sistema de saúde". Em 2010, este relatório tratou da recusa de atendimento. FRANÇA. *Code de la santé publique*. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665>>. Acesso em : 2 out. 2013.

⁸ Ao menos na literatura legal.

⁹ BRISSY, S.; LAUDE, A.; TABUTEAU, D. (Dirs.). op. cit., p. 14.

¹⁰ Os autores dedicam a primeira parte às negativas lícitas de atendimento. Em seguida, eles tratam das recusas ilícitas. Nesse caminho, eles analisam "as regras do direito que se inserem nessas (diferentes) situações".

¹¹ BRISSY, S.; LAUDE, A.; TABUTEAU, D. (Dirs.). op. cit., p. 12.

A necessidade de conciliar o princípio do acesso livre e igualitário aos cuidados de saúde com as liberdades de prescrição terapêutica⁽¹²⁾ e individual do profissional da saúde, a economia ou a dignidade da pessoa, permite admitir o caráter lícito de certas recusas de atendimento (1). Mas, o reconhecimento da legalidade dessas negativas não seria contrário ao princípio do acesso aos cuidados de saúde? (2).

1. As negativas de atendimento lícitas

Para o profissional da saúde, a recusa em cuidar de um paciente se constitui, por vezes, como um direito (1), por vezes, como uma obrigação (2).

1.1. O direito de se negar atendimento

O direito de se negar atendimento, que tem “mais o estatuto de uma possibilidade para o médico do que de exceção”,⁽¹³⁾ abrange duas situações: razões profissionais ou pessoais e cláusula de consciência.

As razões profissionais ou pessoais estão previstas no artigo R. 4127-47, alínea 2, do Código de Saúde Pública.⁽¹⁴⁾ Se o “abuso do direito (de negar atendimento) se aplica a todas as negativas que apresentem uma leve culpa por parte do médico”,⁽¹⁵⁾ “os termos (do artigo) oferecem importantes possibilidades”⁽¹⁶⁾ ao profissional da saúde. A faculdade que lhe é permitida de recusar a prestar atendimento não é, contudo, absoluta: o médico não pode negar cuidados em casos de urgência.⁽¹⁷⁾

Além disso, a lei dá ao médico ou ao estabelecimento de saúde⁽¹⁸⁾ a possibilidade de recusar a realização de certos atos terapêuticos. O médico pode invocar a cláusula de consciência, com base em “considerações éticas particularmente

¹² Os autores afirmam que se a liberdade terapêutica é “vista mais como um meio pelo qual o médico determina o conteúdo do atendimento, essa liberdade implica também a possibilidade do médico não aceitar todo e qualquer paciente, caso essa pessoa não esteja em risco de vida”. Ainda segundo os autores, a liberdade contratual poderia igualmente justificar “a liberdade” dos profissionais liberais da saúde para escolher seus pacientes, considerando a existência de uma relação contratual, o que é contestado atualmente tanto pela doutrina como pela jurisprudência. Id. *Ibid.*, p. 12-13.

¹³ Id. *Ibid.*, p. 13.

¹⁴ Ver artigo L. 1110-3, alínea 7, do Código de Saúde Pública.

¹⁵ BRISSY, S.; LAUDE, A.; TABUTEAU, D. (Dirs.). op. cit., p. 22.

¹⁶ Id., loc. cit. Podemos mencionar, a título de ilustração, o caso de uma enfermeira que se recusou a ficar sozinha com um doente em razão dos riscos a sua própria segurança (CE 15 mars 1999, n° 183545). Ou ainda, o caso de uma ginecologista obstetra que negou o atendimento a uma paciente em sua segunda gravidez, por saber que essa mesma paciente havia entrado na Justiça por complicações que ocorreram durante sua primeira gravidez (CNOM 17 septembre 2010, n° 10525).

¹⁷ “A existência de uma urgência faz surgir um direito ao cuidado em benefício do paciente”. Id. *Ibid.*

¹⁸ Sobre o tema do aborto, ver o caso particular de estabelecimento de saúde que presta atendimento público ou que tem um contrato de concessão (artigo L. 2212-8, alínea 4, do Código de Saúde Pública).

profundas”,⁽¹⁹⁾ para se negar a realizar uma interrupção voluntária da gravidez⁽²⁰⁾ ou uma esterilização.⁽²¹⁾ Porém, o profissional deve comunicar imediatamente ao paciente sua decisão. Percebe-se que essa cláusula tem um caráter absoluto, ao contrário do direito de recusa de atendimento por razões profissionais ou pessoais.

1.2. A obrigação de negar o atendimento

Algumas vezes, o profissional de saúde se vê obrigado a negar o atendimento. Em virtude do artigo 16-3 do Código Civil, “não se pode atentar contra a dignidade do corpo a não ser em caso de necessidade médica ou, excepcionalmente, no interesse terapêutico de outro”. O profissional de saúde deve recusar o atendimento solicitado, se ele não atender a essas exigências e, principalmente, à necessidade médica que “justifique a intervenção no corpo do paciente no interesse da saúde”.⁽²²⁾

Além disso, o médico não pode expor seu paciente a um risco injustificado.⁽²³⁾ Ao profissional também é dada a oportunidade de definir a necessidade de uma intervenção ou propor um tratamento com base em dados científicos. Se a relação risco-benefício se mostra desfavorável, o médico deve recusar o atendimento. Do mesmo modo, “ele não deve se ater de maneira irrazoada a pesquisas ou terapias”⁽²⁴⁾ e não pode oferecer cuidados inúteis, desproporcionais ou que prolonguem a vida de maneira artificial. O profissional da saúde também deve recusar, salvo em circunstâncias excepcionais, o atendimento caso ele não tenha competência para isso.⁽²⁵⁾ Todas essas hipóteses de negativa de atendimento lícitas são justificadas pela vontade de preservar a saúde do paciente.

Existem outros casos nos quais o profissional tem a obrigação de recusar o atendimento. “Certos atos como o aborto ou fertilização assistida não podem ser realizados a não ser que preencham determinadas condições legais”.^{(26),(27)} A interrupção voluntária de gravidez “não pode ser praticada após 12 semanas de gravidez”.⁽²⁸⁾ Se, no caso do aborto, a limitação atende, sobretudo, a considerações de saúde pública, pois “quanto antes for realizado, melhor para

¹⁹ CLAVEL, E. *Considérations sur la clause de conscience du médecin après la loi no 79-1204 du 31 décembre 1979.* *JCP G*, I, n. 3192, 1985.

²⁰ Artigos L. 2212-8, alínea 1ª, do Código de Saúde Pública.

²¹ Artigo L. 2123-1 do Código de Saúde Pública.

²² HENNION-JACQUET, P. *Le paradigme de la nécessité médicale.* *Revue de Droit Sanitaire et Social*, n. 6, p. 1038 et s., 2007.

²³ Ver artigos R. 4127-40, R. 4127-8 e L. 1110-5, alínea 1ª, do Código de Saúde Pública.

²⁴ Artigos R. 4127-37 e L. 1110-5, alínea 2ª, do Código de Saúde Pública.

²⁵ Artigo R. 4127-70 do Código de Saúde Pública.

²⁶ É o que determinam os artigos R. 4127-18 (aborto) e R. 4127-17 (fertilização assistida) do Código de Saúde Pública.

²⁷ BRISSY, S.; LAUDE, A.; TABUTEAU, D. (Dirs.) op. cit., p. 28.

²⁸ Artigo L. 2212-1 do Código de Saúde Pública.

a paciente”,⁽²⁹⁾ em relação à fertilização assistida,⁽³⁰⁾ os limites são justificados por uma abordagem provavelmente mais naturalista. O profissional de saúde é obrigado a negar o atendimento em caso de falta de recursos financeiros suficientes (por parte dos requerentes) e se houver problemas no processo de seleção de doadores.⁽³¹⁾

Enfim, “o médico pode legitimamente se opor a prescrever certos tratamentos que constituam um gasto desnecessário”,⁽³²⁾ se ele baliza suas ações e prescrições a partir de uma análise entre os custos e a “qualidade, segurança e eficiência dos cuidados”.⁽³³⁾

Qual é, porém, o impacto da admissão das negativas de atendimento lícitas sobre o acesso aos cuidados de saúde? Elas poderiam ser consideradas barreiras a este acesso?

2. Obstáculos ao acesso aos cuidados de saúde?

O enquadramento jurídico do direito de negativa de atendimento (1) e as obrigações de recusa do atendimento (2) permitem justamente que se evite essa armadilha, preservando assim os diferentes interesses e liberdades.

2.1. O direito à negativa de atendimento é um obstáculo ao acesso aos cuidados de saúde?

Se os profissionais de saúde podem se recusar a prestar atendimento sob certas condições, eles devem, contudo, garantir que o atendimento seja feito.⁽³⁴⁾ Dentro dessa lógica, o artigo L. 2212-8, alínea 1^a, do Código de Saúde Pública prevê que o médico que invoca a cláusula de consciência para não praticar o aborto deve “informar imediatamente (à paciente) o nome de especialistas que poderiam realizar essa intervenção”.⁽³⁵⁾ A mesma disposição encontra-se no artigo L. 6315-1 dessa mesma legislação, pela qual o médico que alega razões profissionais ou pessoais “deve indicar, aos seus pacientes, profissionais aos quais eles poderão se dirigir”. Ao afirmar a necessidade de “oferecer uma solução

²⁹ DREIFUSS-NETTER, F.; BERTHIAU, D. L'interruption volontaire de grossesse. *Lamy Droit de la Santé*, n. 326-150.

³⁰ Artigo L. 2141-2 do Código de Saúde Pública.

³¹ BRISSY, S.; LAUDE, A.; TABUTEAU, D. (Dirs.). op. cit., p. 29.

³² Id. *Ibid.*, p. 27.

³³ Artigo L. 162-2-1 do Código de Saúde Pública.

³⁴ Artigos L. 1110-3, alínea 7^a, e R. 4127-47, alínea 3^a, do Código de Saúde Pública.

³⁵ Convém notar que o artigo L. 2123-1 do Código de Saúde Pública, que trata da esterilização, não impõe ao médico a obrigação de invocar a cláusula de consciência. Pode-se, no entanto, pensar sobre a hipótese de que a interrupção voluntária da gravidez seja urgente, o que justifica a obrigação que o profissional tem de comunicar à paciente o nome de outro médico que poderá realizar tal intervenção.

médica para o doente”,⁽³⁶⁾ a legislação preserva o direito dos pacientes de ter acesso aos cuidados de saúde e, ao mesmo tempo, o direito dos profissionais de saúde de negar o atendimento em certas circunstâncias.

2.2. A obrigação de recusar o atendimento é um obstáculo ao acesso aos cuidados de saúde?

Considerando que se entende o acesso aos cuidados de saúde como o acesso a cuidados de qualidade, a obrigatoriedade de se recusar o atendimento, com base na proteção da saúde do doente, não representa nenhum risco ao paciente. Tampouco fere o princípio em si de acesso aos cuidados de saúde.⁽³⁷⁾

Esse princípio não poderia, de fato, justificar a existência de um direito que se impõe, em todas as circunstâncias, a todos os profissionais da saúde. Admitir essa possibilidade, em nome da autonomia do paciente em decidir,⁽³⁸⁾ levaria a redução do profissional de saúde ao posto de «simples prestador de serviço»,⁽³⁹⁾ o que não se pode aceitar.

Se as negativas de atendimento lícitas não são prejudiciais aos pacientes, o enquadramento jurídico das recusas ilícitas permite realmente garantir o acesso aos cuidados de saúde?

II. O enquadramento jurídico das negativas ilícitas de prestação de cuidados de saúde

O direito não controla, mas pune as recusas de cuidados ilícitas. O caráter dissuasivo, e preventivo, dessas sanções deve permitir combater esse fenômeno e assegurar a efetividade do direito de acesso aos cuidados de saúde. Essas negativas merecem uma punição no mesmo nível das pesadas consequências sofridas pelos pacientes, sejam elas individuais (agravamento do estado de

³⁶ BRISSY, S.; LAUDE, A.; TABUTEAU, D. (Dirs.). op. cit., p. 68.

³⁷ Convém destacar a hipótese particular de um paciente terminal, onde não se recusa o atendimento, mas os cuidados são apenas paliativos. Ver. LEQUILLERIER, C. L'arrêt de l'alimentation artificielle des personnes en fin de vie ou atteintes de maladie incurable. *Revue de Droit Sanitaire et Social*, n. 1, p. 115 et s., 2009.

³⁸ Esse princípio nasce da noção de democracia sanitária introduzida pela Lei Kouchner, de 4 março de 2002. “(esta noção de democracia sanitária) sela o reconhecimento efetivo dos direitos fundamentais dos pacientes. Por essa fórmula, o legislador lembrou que o doente é titular dos direitos do homem, quais sejam: a liberdade, entendida como uma liberdade-autônoma que implica o paciente ser devidamente informado sobre seu estado de saúde, a fim de fazer as escolhas que devem ser feitas, e a igualdade (de tratamento) em relação aos outros doentes e também de participação no sistema de saúde”. Ver BELLIVIER, F.; ROCHFELD, J. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (JO 5 mars 2002, p. 4118). *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, p. 574 et s., 2002.

³⁹ “(...) não se deixa levar pela vontade de seu paciente”. CRISTOL, D. Information et consentement en droit de la santé. In: LAUDE, A.; TABUTEAU, D. (Eds.). *Sécurité des patients, sécurité des consommateurs: convergences et divergences*. Paris: PUF, 2009. p. 81.

saúde, por exemplo), sejam elas coletivas (“o atendimento tardio afeta mais pesadamente o seguro saúde”).⁽⁴⁰⁾

As respostas trazidas pela legislação para as negativas ilícitas são tão variadas como as formas que podem tomar as negativas (1). Se as sanções jurídicas parecem, em princípio, paliativas, o que são elas realmente? Os autores da obra ora analisada questionam se “as regras facilitam de fato o acesso aos cuidados de saúde?”⁽⁴¹⁾ Outro questionamento levantado é se as punições previstas permitem, na prática, dissuadir comportamentos ilícitos? (2).

1. As sanções às recusas ilícitas de atendimento

Se as negativas de atendimento que discriminam os mais pobres (beneficiários da assistência pública,⁽⁴²⁾ por exemplo) ou ainda os presidiários⁽⁴³⁾ são constantemente denunciadas, isso não é mais do que a ponta do *iceberg*. As formas de recusa ilícitas são múltiplas, o que explica a grande diversidade de sanções previstas (1). A questão que se coloca, no entanto, trata da proposta de se criar um regime unificado de punições para essas situações (2).

1.1. As diversas sanções

As punições previstas em caso de recusa em prestar o atendimento de saúde são tão numerosas como as qualificações jurídicas que poderiam cobrir as negativas:⁽⁴⁴⁾ prestação de serviços sem seriedade,⁽⁴⁵⁾ faltas no trabalho;⁽⁴⁶⁾ falha na continuidade dos cuidados;⁽⁴⁷⁾ discriminação etc.

Ao recusar cuidar de um paciente, o profissional de saúde afronta todas as suas obrigações legais (essencialmente definidas no Código de Saúde Pública e no

⁴⁰ PROPOSITION de loi pour favoriser l'accès aux soins et lutter contre le refus de soins : des réponses simples et efficaces. Disponível em: <www.leciss.org/espace-presse/communiqués-de-presse/proposition-de-loi-pour-favoriser-accès-aux-soins-et-lutter-contre>.

⁴¹ BRISSY, S.; LAUDE, A.; TABUTEAU, D. (Dirs.) op. cit., p. 11.

⁴² Os pacientes portadores do vírus HIV e os idosos são frequentemente vítimas de negativas discriminatórias de atendimento. Id. *Ibid.*, p. 51 et s.

⁴³ A proteção dos direitos dos prisioneiros – destacando o direito à saúde – é reafirmada na Europa pela Corte Europeia dos Direitos dos Homens. Invocando uma violação ao artigo 3º, os prisioneiros reclamam da falta de cuidados ou ainda da falta de assistência médica adequada. Id. *Ibid.*, p. 58.

⁴⁴ Id. *Ibid.*, p. 30.

⁴⁵ Os autores citam como exemplos: a falta de atenção em relação aos doentes, a ineficácia dos cuidados ou níveis mínimos de intervenção, a negação da dor, a falta de respeito ao paciente. Id. *Ibid.*, p. 31 et s.

⁴⁶ Os autores explicam que “certas negativas de atendimento podem se manifestar pela ausência ao trabalho dos profissionais que tem como consequência a falta de ação em situações onde eles são obrigados a agir”. Id. *Ibid.*, p. 35.

⁴⁷ “A continuidade dos cuidados se entende por uma cooperação entre todos os atores do sistema de saúde, a permanência dos cuidados é uma modalidade dessa exigência de continuidade”. Id. *Ibid.*, p. 40.

Código Penal)⁽⁴⁸⁾ e/ou deontológicas.⁽⁴⁹⁾ Os diversos erros desses profissionais, decorrentes da negativa em prestar atendimento, travestem-se, com frequência, de uma dupla natureza (como atestam os exemplos de atendimento sem a devida atenção,⁽⁵⁰⁾ as faltas em casos de urgências,⁽⁵¹⁾ a falta de continuidade⁽⁵²⁾ e de manutenção⁽⁵³⁾ dos cuidados e a discriminação).⁽⁵⁴⁾ O profissional de saúde pode ser responsabilizado civil, penalmente ou por indisciplina por não prestar o atendimento, devido a razões ilegais.

No entanto, não existe uma única punição para esses casos. A natureza da sanção será diferente de acordo com a jurisdição: prisões e multas, perante o tribunal penal; indenizações, nos tribunais civis; e⁽⁵⁵⁾ advertências, interdições temporárias ou permanentes do exercício da profissão, diante das jurisdições disciplinares.⁽⁵⁶⁾

1.2. A inconveniência de se criar um regime único de sanções

Diante da diversidade do quadro legal para as negativas ilícitas de cuidados (“categorizadas por disposições esparsas, sem apresentarem nem o mesmo objeto, nem a mesma fonte”)⁽⁵⁷⁾ e dado os inconvenientes que daí decorrem (“dificuldade de entendimento do dispositivo jurídico, (...) multiplicidade de competências judiciais”),⁽⁵⁸⁾ não seria interessante criar um regime unificado de sanções?

⁴⁸ Mais precisamente da parte legislativa do Código de Saúde Pública.

⁴⁹ As obrigações deontológicas do profissional de saúde são codificadas na parte regulamentadora do Código de Saúde Pública. Por exemplo, as sanções disciplinares poderão ser impostas aos profissionais que cobram honorários desproporcionais (artigo R. 4127-53 do Código de Saúde Pública). Ver sanções previstas pela Convenção de 12 de janeiro de 2005. BRISSY, S.; LAUDE, A.; TABUTEAU, D. (Dirs.). op. cit., p. 61 et s.

⁵⁰ De fato, a responsabilidade do profissional de saúde poderá ser apontada com base no artigo 1142-1 do Código de Saúde Pública (responsabilidade por ausência) ou com base nos dispositivos do Código Deontológico, “não se pune a recusa do atendimento em si, mas o comportamento do profissional que é responsável pela negativa”. Id. Ibid., p. 34.

⁵¹ “(...) o médico deve agir tanto em virtude de suas obrigações deontológicas (artigos R. 4127-47, R. 4127-9 do Código de Saúde Pública), como pela regra geral de que qualquer um deve prestar socorro a qualquer pessoa em perigo (artigo 223-6 do Código Penal – delito de não assistência à pessoa em perigo)”. Id. Ibid., p. 34.

⁵² Ver a jurisprudência ordinária mencionada pelos autores. Id. Ibid., p. 40 et s.

⁵³ Ver sanções específicas previstas pelo Código de Saúde Pública: artigos L. 6122-7 e L. 4163-7.

⁵⁴ “(...) todo profissional de saúde que se recusar a atender um paciente por motivos de discriminação sofrerá sanções disciplinares (artigos R. 4127-7 e L. 1110-3 Código de Saúde Pública), penais (artigo 225-2 do Código Penal) ou civis”. Em virtude do artigo L. 1110-3, alínea 2ª, do Código de Saúde Pública, “um profissional de saúde não pode se recusar a atender uma pessoa por um dos motivos elencados na alínea 1ª, dos artigos 225-1 e 225-1-1 do Código Penal, ou por ser o paciente beneficiário da proteção complementar ou do direito à assistência previstos nos artigos L. 861-1 e L. 863-1 do Código de Seguridade Social, ou do direito à assistência previsto no artigo L. 251-1 do Código de Assistência Social e das Famílias”. BRISSY, S.; LAUDE, A.; TABUTEAU, D. (Dirs.). op. cit., p. 51.

⁵⁵ “(...) as jurisdições civis são, a partir de agora, focadas na reparação da vítima e na definição de sanções indenizatórias”. Id. Ibid., p. 33.

⁵⁶ Artigo L. 4124-6 do Código de Saúde Pública.

⁵⁷ BRISSY, S.; LAUDE, A.; TABUTEAU, D. (Dirs.). op. cit., p. 12.

⁵⁸ Id., loc. cit.

Essa ideia parece inoportuna, uma vez que as diferentes regras aplicadas nos casos de recusa de atendimento apresentam, segundo os autores da obra analisada, uma certa coerência.⁽⁵⁹⁾ Além disso, a diversidade das punições permite “oferecer respostas adaptadas (às diferentes formas de negativa) e evitar os inconvenientes de regras gerais, muitas vezes, obscuras”.⁽⁶⁰⁾

2. A efetividade das sanções legais pela recusa ilícita de prestação de atendimento

Para que as punições por negativas de atendimento ilícitas possam ter um real efeito dissuasivo, e preventivo, ainda falta que elas sejam aplicadas de maneira concreta.⁽⁶¹⁾ Se a crença na punição é apenas hipotética, as sanções previstas pelos textos legais não serão suficientes para dissuadir os profissionais da saúde. Ora, se a efetividade da legislação (1) é relativizada, é necessário investigar quais os caminhos para retomá-la (2).

2.1. A efetividade da legislação

A inação das vítimas de negativa de atendimento em razão de preconceito (“falta de conhecimento dos direitos”⁽⁶²⁾ ou ainda “fraqueza moral e física do paciente”)⁽⁶³⁾ contribui para o enfraquecimento do efeito dissuasivo das punições. Sobre esse assunto, os autores falam em uma “inefetividade das regras”.⁽⁶⁴⁾

As dificuldades de se provar a recusa baseada na discriminação são igualmente deploráveis e conduzem à redução das penas. É desolador que a lei HPST não tenha reconhecido o valor jurídico do teste definido como “um ensaio com o único objetivo de provar um ato discriminatório por meios essencialmente estatísticos ou, ao menos, de trazer elementos que possam presumir a existência de discriminação”.⁽⁶⁵⁾ Os autores explicam que

enquanto a recusa discriminatória de prestação de serviços de saúde faz parte do campo de aplicação do artigo (225-3-1 do Código Penal que elege o teste como uma forma lícita de provar certos atos discriminatórios), a negativa fundamentada na cobertura social do paciente não é sancionada penalmente. (Em consequência) a legalidade do teste não é admitida para este

⁵⁹ BRISSY, S.; LAUDE, A.; TABUTEAU, D. (Dirs.). op. cit., p. 68.

⁶⁰ Id., loc. cit.

⁶¹ Tomando como exemplo a dissuasão em matéria penal, Grayot mostra que “a dissuasão não resultaria apenas da estigmatização pela lei penal de um comportamento, mas se apoiaria sobre sua aplicação concreta”. GRAYOT, S. *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*. Paris: LGDJ, 2009, p. 7-8, n° 5.

⁶² BRISSY, S.; LAUDE, A.; TABUTEAU, D. (Dirs.). op. cit., p. 52.

⁶³ Id. Ibid., p. 53.

⁶⁴ Id. Ibid., p. 65.

⁶⁵ BRISSY, S. Discriminations. *Juris-Classeur Travail Traité*, fasc. 17-11, n. 86, 05/2009.

último tipo de recusa, uma vez que, na falta de um dispositivo contrário, esse modo de produção de prova vai de encontro ao princípio da honestidade da prova.⁽⁶⁶⁾

A crença do profissional da saúde em ser punido se ameniza e com ela o efeito dissuasivo das sanções previstas.

2.2. As proposições para recuperar a efetividade das regras de direito

O Instituto Direito e Saúde elaborou uma série de proposições com o objetivo de restaurar a efetividade das regras legais aplicáveis a casos de recusa de atendimento por discriminação, seguindo a recomendação de “desenvolver ferramentas jurídicas de proteção dos direitos do usuário”.⁽⁶⁷⁾ Essas proposições buscam promover ações de defesa (o que pode reduzir a inação das vítimas) e atribuir valor de prova ao teste (facilitando a confirmação de atos discriminatórios de negativa de atendimento).⁽⁶⁸⁾ Convém de fato ampliar as possibilidades de ação das associações de doentes, que são, hoje, bastante reduzidas,⁽⁶⁹⁾ de modo a lhes permitir agir para que haja punição das negativas de prestação de serviços de saúde ilegais. Por outro lado, a admissão do teste permite reorganizar, em benefício das vítimas, o valor da prova em casos de negativa discriminatória.

Essas proposições foram ignoradas até que um projeto de lei, que visa melhorar o acesso das pessoas mais pobres aos cuidados de saúde,⁽⁷⁰⁾ tivesse sido apresentado à Presidência do Senado, em 13 de fevereiro deste ano. Os dois primeiros artigos deste projeto “objetivam (precisamente) promover sanções mais justas nos casos de negativa ilegal de atendimento, com bases discriminatórias (pacientes beneficiários da assistência médica ou do sistema público

⁶⁶ BRISSY, S.; LAUDE, A.; TABUTEAU, D. (Dirs.). op. cit., p. 54.

⁶⁷ RAPPORT CNS. *Résoudre les refus de soins*. Sept. 2010, p. 27, integra as proposições do Instituto Direito e Saúde.

⁶⁸ A crítica segundo a qual a admissão do teste poderia reverter o ônus da prova deve ser descartada. “O estudo da jurisprudência social permite afirmar que as modificações previstas pelo projeto de lei HPST não reverteriam o ônus da prova, mas simplesmente o mudaria. Se o profissional é obrigado a justificar sua recusa em prestar atendimento por uma razão objetiva somente após a vítima apresentar elementos que presumam a existência da discriminação, é sobre a vítima que pesa a responsabilidade de apresentar as primeiras provas”. BRISSY, S.; LAUDE, A.; TABUTEAU, D. (Dirs.). op. cit., p. 53-54.

⁶⁹ Em relação à proteção do interesse coletivo, as associações podem agir com base no artigo L. 1114-2 do Código de Saúde Pública. A jurisprudência reconhece que essas associações têm a possibilidade de buscar a justiça “uma vez que um interesse coletivo seja violado, desde que esse interesse faça parte de seu objeto social” (ação autônoma). Sobre a proteção de um direito individual, “para que uma associação intervenha em benefício de uma pessoa nominalmente designada, ela deve estar habilitada expressamente por um documento que deve precisar os casos nos quais a associação pode defender um interesse individual”. Id. Ibid., p. 65 et s.

⁷⁰ Proposição de Lei n° 352 que visa melhorar o acesso aos cuidados médicos por parte das pessoas privadas de recursos, de 13 de fevereiro de 2013. Seus autores esclarecem que “muitos dispositivos no texto facilitarão as demandas de todos os segurados sociais”.

de saúde ou outras). O artigo 1º prevê que devem ser incluídas na relação de recusas ilegais certas negativas implícitas ou indiretas.⁽⁷¹⁾ A proposta dá uma base legal ao teste, como prova de recusa de cuidados. Já o artigo 2º “abre a possibilidade para o paciente, que se acha vítima de uma negativa ilegal ou que se sentiu discriminado por quaisquer motivos, de ser acompanhado ou representado por uma associação, seja em um processo de conciliatório, seja em um processo judicial”.⁽⁷²⁾

Essas diferentes medidas devem permitir, de um certo modo, restaurar a efetividade das regras de direito aplicáveis em casos de negativas de atendimento ilegais.

Se a melhoria do acesso aos cuidados de saúde justifica certas mudanças nas regras, concordamos com os autores da obra analisada, que “a promoção dos direitos do paciente não pode (...) se concretizar unicamente na justiça”.⁽⁷³⁾ Os poderes públicos têm igualmente um papel fundamental na luta contra as desigualdades sociais no campo da saúde.⁽⁷⁴⁾ Uma resposta exclusivamente jurídica não será suficiente para combater as recusas ilegais de atendimento.

Considerando que o enquadramento jurídico para as negativas legais e ilegais de atendimento responde a objetos distintos,⁽⁷⁵⁾ parece inoportuno, quiçá impossível, criar um regime unificado de regras que lhe sejam aplicáveis.⁽⁷⁶⁾ Uma única resposta não será apropriada para essa questão.

Referências

BELLIVIER, F.; ROCHFELD, J. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (JO 5 mars 2002, p. 4118). *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, 2002.

BRISSY, S. Discriminations. *Juris-Classeur Travail Traité*, fasc. 17-11, n. 86, Septembre, 2009.

⁷¹ “(...) assemelhasse a uma negativa de atendimento o agendamento de uma consulta em um prazo muito maior do que os demais agendamentos oferecidos aos outros pacientes do consultório, (...) quando um profissional ou estabelecimento de saúde não informam voluntariamente sobre a saúde do paciente ao médico da consulta de origem”.

⁷² Proposição de Lei n° 352, cit. p. 7.

⁷³ BRISSY, S.; LAUDE, A.; TABUTEAU, D. (Dirs.). op. cit., p. 68.

⁷⁴ Ver proposições do relatório da Conferência Nacional da Saúde que preconizam a necessidade de se “realizar um esforço pedagógico e de informação para reforçar a confiança entre os atores” e de inserir a política de luta contra as recusas de atendimento nas políticas regionais de saúde (o que parece ter sido feito). RAPPORT CNS. *Résoudre les refus de soins*. op.cit., p. 26 e s. De modo mais geral, ver as reformas e proposições recentes em matéria de acesso aos cuidados de saúde das pessoas desprovidas de recursos, como a emenda 8 da Convenção Médica, assinada em 25 de outubro de 2012, e o plano plurianual contra a pobreza e pela inclusão social.

⁷⁵ Mostramos que somente a negativa ilícita de atendimento fragiliza o princípio da liberdade e igualdade de acesso aos cuidados de saúde.

⁷⁶ S. BRISSY, A. LAUDE et D. TABUTEAU (dir.), op. cit., p. 14.

_____; LAUDE, A.; TABUTEAU, D. (Dir.). *Refus de soins et actualités sur les droits des malades*. Paris: Presses de l'EHESP, 2012.

CLAVEL, E. Considérations sur la clause de conscience du médecin après la loi no 79-1204 du 31 décembre 1979. *JCP G*, I, n. 3192, 1985.

CRISTOL, D. Information et consentement en droit de la santé. In: LAUDE, A.; TABUTEAU, D. (Eds.). *Sécurité des patients, sécurité des consommateurs: convergences et divergences*. Paris: PUF, 2009.

DREIFUSS-NETTER, F.; BERTHIAU, D. L'interruption volontaire de grossesse. *Lamy Droit de la Santé*, n. 326-150.

FEUILLET, B. L'accès aux soins, entre promesse et réalité. *Revue de Droit Sanitaire et Social*, n. 4, p. 713-731, 2008.

GRAYOT, S. *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*. Paris: LGDJ, 2009.

HENNION-JACQUET, P. Le paradigme de la nécessité médicale. *Revue de Droit Sanitaire et Social*, n. 6, p. 1038-1049, 2007.

LAUDE, A.; MATHIEU, B.; TABUTEAU, D. *Droit de la santé*. Paris: Thémis PUF, 2012.

LEQUILLERIER, C. L'arrêt de l'alimentation artificielle des personnes en fin de vie ou atteintes de maladie incurable. *Revue de Droit Sanitaire et Social*, n. 1, p. 115-128, 2009.

PROPOSITION de loi pour favoriser l'accès aux soins et lutter contre le refus de soins : des réponses simples et efficaces. Disponible em: <www.leciss.org/espace-presse/communiqués-de-presse/proposition-de-loi-pour-favoriser-acces-aux-soins-et-lutter-contre>.

RAPPORT CNS. *Résoudre les refus de soins*. Sept. 2010.